J. rom. m. 346ⁿ (1

J. rom. m. 346 n/1

~~Dr Kalta~~

M. Rangraitz

J. rom. m. 346 n/1

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

1

G

Beiträge

zum

Obligationenrecht.

Von

Friedrich Mommsen,

Doctor der Rechte.

Erste Abtheilung:

Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse.

Braunschweig

C. A. Schwetschke und Sohn.

(M. Bruhn.)

1853.

Die

Unmöglichkeit der Leistung

in ihrem Einfluß

auf

obligatorische Verhältnisse.

Von

Friedrich Mommsen,

Doctor der Rechte.

Braunschweig

C. A. Schwetschke und Sohn.

(M. Bruhn.)

1853.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Bis vor wenigen Jahren war meine Thätigkeit vorzugsweise dem praktischen Berufe gewidmet, welchen ich als Mitglied des Schleswigschen Obergerichts zu erfüllen hatte; der Gedanke, in schriftstellerischen Arbeiten mich zu versuchen, lag mir damals noch fern. Die Ereignisse, welche in der jüngst vergangenen Zeit meine Heimath betroffen haben, haben mich veranlaßt, eine andere Thätigkeit zu suchen. Ich begab mich zu diesem Zweck nach Göttingen, und lege jetzt dem juristischen Publicum meinen ersten schriftstellerischen Versuch vor.

Bei der Wahl des Gegenstandes lag mir meinem früheren Berufe nach ein solcher am nächsten, welcher eine unmittelbare praktische Bedeutung hat. Zugleich schien mir gerade die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse auch in anderer Beziehung ein nicht ungeeigneter Gegenstand für eine gesonderte Behandlung zu sein.

An einer zusammenhängenden Darstellung dieser Lehre fehlt es noch ganz. In den umfassenderen Werken aber, welche das ganze Civilrecht oder doch das Obligationenrecht zu ihrem Gegenstande haben, wird dieselbe in der Regel ziemlich kurz abgehandelt, und noch dazu in der Weise, daß die einzelnen Theile derselben in sehr verschiedenen Abschnitten vorkommen, so in dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts in den Abschnitten, welche von den Voraussetzungen der Gültigkeit einer Obligation im Allgemeinen, von der Wirksamkeit der Verträge, von der Aufhebung der Obligationen handeln, in dem speciellen Theil des Obligationenrechts besonders in den Abschnitten von dem Kaufcontract und der Miethe.

Das Letztere läßt sich im System nicht wohl vermeiden, da der Einfluß, welchen die Unmöglichkeit der Leistung äußert, in den verschiedensten Gebieten des Obligationenrechts sich zeigt, und da dieser Einfluß, wenn wir von der sogleich vorhandenen völligen Unmöglichkeit absehen, zugleich auch durch andere Momente bestimmt wird, so bei der sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit durch das Bewußtsein der handelnden Personen, bei der nachfolgenden Unmöglichkeit durch die Verschuldung oder Schuldlosigkeit des Debitor. — Nichtsdestoweniger bleibt es ein Uebelstand, wenn Gegenstände, welche in einem inneren Zusammenhange mit einander stehen, in der Darstellung getrennt werden; nur zu leicht kann eine solche Trennung zu einer Verkennung des Zusammenhanges und dadurch mittelbar zu irrigen Auffassungen führen. Je weniger aber in Ansehung einer bestimmten Lehre der erwähnte Uebelstand in den Systemen sich vermeiden läßt, um so mehr dürfte es gerechtfertigt sein, dieselbe zum Gegenstande einer gesonderten Darstellung zu machen.

Was die Aufgabe der nachfolgenden Abhandlung betrifft, so kann ich im Ganzen auf die Abhandlung selbst verweisen. Hier beschränke ich mich auf einige allgemeinere Bemerkungen.

Die Aufgabe bestand zunächst darin, die Bestimmungen in den Quellen, welche auf die Unmöglichkeit der Leistung und ihre Wirkungen sich beziehen, zu sammeln und den inneren Zusammenhang derselben nachzuweisen. Die Entscheidungen in den Quellen beziehen sich aber vorzugsweise nur auf diejenigen Obligationen, welche Sachleistungen zu ihrem Gegenstande haben; insonderheit auf den Kaufcontract und die auf ein dare gerichtete Stipulation. Sehr dürftig ist dagegen das uns zu Gebote stehende Material namentlich in Ansehung der meisten auf ein Thun gerichteten Obligationen. Diese durften aber um so weniger übergangen werden, als sie in dem Verkehr überaus häufig vorkommen und von großer praktischer Bedeutung sind. Es galt hier, das für die letzteren geltende Recht durch Schlußfolgerungen aus dem für andere Obligationen Anerkannten zu ermitteln. Zum Theil macht dies keine Schwierigkeit; so kann z. B. dasjenige, was in Ansehung der

Wirkungen der sogleich vorhandenen völligen Unmöglichkeit für den Kauf und die Stipulation anerkannt wird, ohne Weiteres auf die übrigen Obligationen übertragen werden. Ein solches Verfahren ist aber bei Weitem nicht überall zulässig. Die Gränzen und Wirkungen der Unmöglichkeit bestimmen sich in vielen Fällen eben wesentlich durch die besondere Natur der Leistung und der auf diese Leistung gerichteten Obligation. Hier muß bei der analogen Benutzung der in den Quellen enthaltenen Entscheidungen mit großer Vorsicht zu Werke gegangen werden. Ein Irrthum ist dabei um so leichter möglich, als unsere Wissenschaft sich bisher ganz vorwiegend auf die Verarbeitung des uns in den Quellen überlieferten Stoffs, die allerdings auch für jedes weitere Fortgehen die unerläßliche Grundlage ist, beschränkt hat, während verhältnißmäßig wenig dafür geschehen ist, das römische Recht in denjenigen Theilen, welche in den Quellen nur mangelhaft behandelt sind, weiter auszubauen.

Der Gegenstand dieser Abhandlung ferner ist, wie aus dem bereits Bemerkten hervorgeht, kein strenge in sich abgeschlossener; derselbe steht vielmehr mit anderen Lehren aus dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts, wie z. B. mit der Lehre von dem Irrthum, in naher Verbindung; überdies setzt die Darstellung nicht selten ein näheres Eingehen auf das Wesen der einzelnen obligatorischen Verhältnisse voraus. In der ersteren Beziehung habe ich, so weit das thunlich war, auf andere Schriften verwiesen, oder, wo es sich um allgemein anerkannte Rechtssätze handelte, diese ohne weitere Bezugnahme auf Auctoritäten zu Grunde gelegt. Doch ließen sich einige Excurse nicht vermeiden, und ich muß besorgen, daß diese auf der einen Seite nicht ausführlich genug sind, um die von mir aufgestellte Ansicht gegen mögliche Einwendungen sicher zu stellen, auf der anderen Seite vielleicht wieder, weil sie nicht unmittelbar auf den Gegenstand der Darstellung sich beziehen, als zu ausführlich erscheinen können. — In der zweiten Beziehung lag die Gefahr einer einseitigen Auffassung des Wesens der einzelnen obligatorischen Verhältnisse nahe, indem dieses nur mit Beziehung auf bestimmte einzelne Fragen in Betracht kam.

Ich habe mich nach Kräften bemüht, eine solche einseitige Auffassung zu vermeiden; ob es mir immer gelungen, ist eine andere Frage. Wenn aber auch die erwähnte Gefahr sich nicht verkennen läßt, so dürfte es doch auf der anderen Seite wieder einen nicht geringen Nutzen gewähren, die einzelnen Rechtsverhältnisse auch einmal von einem anderen Standpunkte, als dem bei ihrer Darstellung gewöhnlich eingenommenen, zu betrachten. Wie es, um eine klare Einsicht in das Wesen eines Rechtsverhältnisses zu gewinnen, nöthig ist, dasselbe von den verschiedensten Standpunkten aus zu betrachten, so giebt auch jeder einzelne Standpunkt, insofern er überhaupt eine Berechtigung hat, eine größere oder geringere Ausbeute, sei es, daß er nur zur Bestätigung, oder daß er zur bestimmteren Fixirung und Berichtigung des auf anderem Wege gewonnenen Resultates führt.

So viel über den Gegenstand der Abhandlung, welche ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe. In Betreff der bisherigen Literatur über diesen Gegenstand brauche ich nur wenig hinzuzufügen.

Eine zusammenhängende Darstellung der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung ist, wie ich oben schon bemerkt habe, bisher nicht veröffentlicht. Was insonderheit den Inhalt der ersten beiden Kapitel (über die Gränzen der Unmöglichkeit und die praktische Behandlung der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit) betrifft, so ist man beschränkt auf die Bemerkungen, welche sich in den Lehr- und Handbüchern des Civilrechts und in den Werken, die das ganze Obligationenrecht zu ihrem Gegenstande haben, finden, so wie auf die, zum Theil allerdings nur gelegentlichen Ausführungen in Monographien über andere Gegenstände aus dem allgemeinen Theil des Civilrechts, insonderheit aus dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts. Die Schriften, welche ich hier am meisten benutzt habe, sind das System des heutigen römischen Rechts und das Obligationenrecht von v. Savigny. Zwar lag es nicht in seinem Plane, in dem §. 37 des ersten Bandes des Obligationenrechts, welcher von den unmöglichen Leistungen handelt, auf die Wirkungen der Unmöglichkeit einzugehen. Für die Feststellung

der Begriffe ist aber seine Darstellung, insonderheit in Verbindung mit demjenigen, was in dem dritten Bande des Systems über die unmöglichen Bedingungen gesagt ist, von großer Bedeutung. Ueberdies finden sich, namentlich in dem vom Irrthum handelnden Abschnitt (gleichfalls in dem dritten Bande des Systems) viele Bemerkungen, welche auch für unsere Lehre sehr wichtig sind. Ich ergreife um so lieber diese Gelegenheit, dem Manne, dessen Einfluß für die ganze heutige Gestaltung unserer Rechtswissenschaft von so großer und heilsamer Bedeutung gewesen ist, meinen Dank auszusprechen, als ich noch zu denjenigen gehöre, welchen es vergönnt gewesen ist, durch seine Vorlesungen in das Studium des römischen Rechts eingeführt zu sein.

Der Gegenstand des dritten Kapitels, die Lehre von der nachfolgenden Unmöglichkeit, oder wie sie früher gewöhnlich genannt wurde, die Lehre von dem Casus, hat eine umfassendere Literatur. Die älteren Schriften sind jedoch im Allgemeinen schon deshalb unbrauchbar, weil sie von durchaus unrichtigen Grundsätzen ausgehen. Erst in neuester Zeit, besonders seit Wächter die Unrichtigkeit der früher angenommenen Grundsätze in schlagender Weise nachgewiesen hat, ist die Lehre auf richtigere Grundlagen zurückgeführt. Von den neuern Schriftstellern hat jedoch fast keiner die Lehre von der casuellen Unmöglichkeit in ihrem ganzen Umfange behandelt; die meisten beschränken sich auf Untersuchungen über die, freilich auch besonders wichtige Frage, welchen Einfluß bei gegenseitigen Obligationen das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit auf die Verpflichtung zur Gegenleistung äußert. Da ich in der Abhandlung selbst auf die verschiedenen Ansichten näher eingegangen bin, so bedarf es hier nicht einer Aufzählung der einzelnen Schriftsteller.

In der zweiten Abtheilung dieser Beiträge, für welche das Material im Wesentlichen gesammelt ist, denke ich Beiträge zu der Lehre von dem Interesse mitzutheilen. Wegen der vielfachen Beziehungen, in denen die letztere Lehre und diejenige, welche den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet, zu einander stehen, habe ich die

Darstellung derselben auch äußerlich mit einander in Verbindung gesetzt, indem ich neben dem besonderen Titel für jede Abtheilung zugleich einen allgemeineren Titel gewählt habe, welcher sich auf beide Abtheilungen gemeinschaftlich bezieht.

Göttingen, im Juni 1853.

Mommsen.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§. 1.

Uebersicht der Wirkungen der Unmöglichkeit. — Arten der Unmöglichkeit.

Die Aufgabe der nachfolgenden Darstellung wird es sein, theils den Umfang zu bestimmen, in welchem eine wahre Unmöglichkeit der Leistung anerkannt wird, theils die Wirkungen der Unmöglichkeit zu entwickeln.

Die letzteren gestalten sich sehr verschieden, je nachdem die Leistung von Anfang an unmöglich ist, oder die Unmöglichkeit erst später eintritt. Der entscheidende Zeitpunkt ist hier nicht der, mit welchem die Obligation perfect wird, sondern der Augenblick, mit welchem für beide Parteien oder doch wenigstens für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Verpflichtung aufhört; also bei bedingten Verträgen nicht die Zeit der Erfüllung der Bedingung, sondern die Zeit der Abschließung des Vertrages.

Ist die Leistung von Anfang an unmöglich (sogleich vorhandene Unmöglichkeit), so ist die darauf gerichtete Obligation nichtig, vorausgesetzt, daß die Unmöglichkeit sich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange bezieht. *Impossibilium nulla obligatio.* [1])

Tritt die Unmöglichkeit der Leistung später ein (nachfolgende Unmöglichkeit), so ist zu unterscheiden, ob dieselbe durch ein dem Verpflichteten zuzurechnendes Verschulden herbeigeführt ist oder nicht. Im ersten Fall hat die Unmöglichkeit keinen Einfluß auf die Verpflichtung. Im zweiten Fall wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung insoweit befreit, als die letztere ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist; es kann also von Seiten des Gläubigers auch

1) L. 185. D. de R. J. (50. 17).

ein Aequivalent für die unmöglich gewordene Leistung nicht gefordert werden. *Casus a nullo praestantur.*[2])

Hiermit sind die hauptsächlichen Wirkungen der Unmöglichkeit einer Leistung in der Kürze angegeben. Noch in einer anderen Beziehung ist es aber wichtig, zu bestimmen, ob eine Leistung als unmöglich zu betrachten ist.

Die willkührliche Nichterfüllung einer Obligation zieht manche nachtheilige Folgen für den Schuldner nach sich. Dahin gehört die Zulassung des Gläubigers zum Schätzungseide bei den **actiones arbitrariae** wegen Contumacia des Schuldners, ferner die Verpflichtung des Schuldners zur Erstattung des vollen Gebrauchsinteresse wegen einer ihm zur Last fallenden Mora.[3]) Von einer willkührlichen Nichterfüllung der Obligation kann aber nicht die Rede sein, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt; dies ergiebt sich schon daraus, daß in einem solchen Fall die Nichterfüllung nicht auf den Willen des Schuldners als Grund zurückgeführt werden kann. — An sich gilt dies in gleicher Weise, die Unmöglichkeit mag durch ein Verschulden des Debitor herbeigeführt sein oder nicht. Während aber an die verschuldete Unmöglichkeit unter Umständen dieselben Folgen, wie an die willkührliche Nichterfüllung einer Obligation geknüpft sind,[4]) schließt die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung das Eintreten der für den Schuldner nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung mit Nothwendigkeit aus, indem sie ihn von der Verpflichtung selbst, um deren Erfüllung es sich handelt, befreit. Aus dem angegebenen Zusammenhange geht hervor, daß die Gränzen der Unmöglichkeit, insofern dieselbe die Folgen der willkührlichen Nichterfüllung ausschließt, nicht enger gezogen sein können, als in Ansehung der oben angeführten Wirkungen. Sie sind aber auch nicht weiter gezogen; vielmehr ist von den römischen Juristen hier ganz derselbe Begriff der Unmöglichkeit zu Grunde gelegt. Der Schuldner kann sich, um den Vorwurf einer willkührlichen Nichterfüllung von sich abzuwenden, nur

---

2) L. 23. D. de R. J. (50. 17).

3) Darüber, daß die Mora als eine willkührliche Verzögerung der Erfüllung aufzufassen ist, s. unten §. 23.

4) So steht die vom Schuldner willkührlich herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung (si dolo desiit possidere) der Contumacia in ihren Folgen gleich; wegen der im Civilrechte durchgeführten Gleichstellung der culpa lata und des dolus gilt dasselbe, wenn die Unmöglichkeit durch eine culpa lata des Schuldners, nicht aber, wenn sie durch levis culpa herbeigeführt ist. —

dann auf eine Unmöglichkeit der Leistung berufen, wenn dieselbe eine solche ist, daß sie auch in den anderen Beziehungen als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt wird.[5])

Die zuletzt erwähnte Wirkung der Unmöglichkeit macht also, insofern es sich um die Gränzen der Unmöglichkeit handelt, eine besondere Ausführung nicht erforderlich. Auf die nachtheiligen Folgen selbst, deren Eintreten durch die Unmöglichkeit der Leistung abgewendet wird, können wir aber in der vorliegenden Abhandlung selbstverständlich nicht eingehen.

Im Nachfolgenden haben wir daher außer der Bestimmung der Gränzen der Unmöglichkeit es nur mit einer näheren Entwickelung der zuerst angeführten Wirkungen derselben zu thun. Es ergeben sich somit für die fernere Darstellung folgende Abschnitte:

Gränzen der Unmöglichkeit. (Kap. 1.)

Praktische Behandlung der Unmöglichkeit:

1) der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit. (Kap. 2.)

2) der nachfolgenden Unmöglichkeit. (Kap. 3.)

Ehe wir uns jedoch der gestellten Aufgabe gemäß zur Bestimmung der Gränzen der Unmöglichkeit wenden, haben wir zuerst die verschiedenen

Arten der Unmöglichkeit

ins Auge zu fassen. Dies ist nöthig, theils um für die fernere Untersuchung die erforderlichen Ausgangspunkte zu gewinnen, theils zur Verständigung über die Bedeutung der Ausdrücke, deren wir uns im Folgenden bedienen werden. Bei der Wahl dieser Ausdrücke habe ich mich der Terminologie angeschlossen, welche sich in v. Savigny's System und Obligationenrecht beobachtet findet.

Wir unterscheiden zunächst eine natürliche und eine juristische Unmöglichkeit, je nachdem der Grund der Unmöglichkeit in einem

---

5) Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 384. Eine Anwendung davon finden wir in der Lehre von der Mora. Die nachtheiligen Folgen derselben werden dadurch nicht abgewendet, daß der Schuldner, welcher eine Geldleistung versprochen hat, sich auf Insolvenz und Mangel an Credit beruft; in diesem Falle wird nämlich eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht anerkannt; vergl. L. 137. §. 4. D. de V. O. (45. 1).

Naturgesetz oder in einer Rechtsregel liegt.[6]) Ein oft erwähntes Beispiel der ersten Art ist die Leistung einer nicht existirenden Sache, ein Beispiel der zweiten Art die Leistung einer dem Verkehr entzogenen Sache.[7])

Als drittes Glied der Eintheilung wird häufig eine moralische Unmöglichkeit angenommen. Die Aufstellung dieses dritten Gliedes hat zugleich die Folge gehabt, daß man die durch Rechtsvorschriften verbotenen Handlungen zu den juristisch unmöglichen gerechnet und so den Umfang der juristischen Unmöglichkeit erweitert hat.

Das Einzige, was sich für die Zusammenstellung des Rechtswidrigen und Unsittlichen mit dem Unmöglichen anführen läßt, ist, daß die auf eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung gerichtete Obligation eben so, wie die auf eine unmögliche Handlung gerichtete, in der Regel als unwirksam betrachtet wird. Die Begriffe, um welche es sich hier handelt, sind aber wesentlich verschieden, und die Gleichstellung in der Wirkung kann, wie mit Recht gegen die oben erwähnte Auffassung geltend gemacht ist, niemals es rechtfertigen, verschiedene Begriffe als gleichartige zu behandeln.[8]) Aus der Verschiedenheit der Begriffe erklärt es sich zugleich, daß die Unwirksamkeit der auf rechtswidrige und unsittliche Handlungen gerichteten Obligationen auf ganz anderen Gründen beruht, als die Unwirksamkeit der Verpflichtung zu unmöglichen Leistungen.[9])

Die Unmöglichkeit ist ferner eine absolute oder relative, je nachdem der Grund derselben, abgesehen von den besonderen Umstän-

6) v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 383.

7) S. z. B. §§. 1. 2 J. de inut. stip. (3. 19).

8) S. darüber namentlich v. Savigny a. a. O. S. 383 folg. (vergl. auch dessen System III. S. 169 folg.), woselbst die Verschiedenheit der Begriffe durch Beispiele veranschaulicht ist. Besonders klar tritt sie hervor am Verbrechen, welches rechtswidrig und unsittlich, aber nichts destoweniger durchaus möglich ist.

9) Wie Puchta, Vorlesungen II. S. 5, es treffend ausdrückt, hat die Unwirksamkeit der Obligation bei den rechtswidrigen Leistungen ihren Grund darin, daß das Recht nicht erzwingen kann, was es verbietet; bei den unsittlichen Leistungen darin, daß das Recht sich herabwürdigen würde, wenn es den Handlanger zu ihrer directen oder indirecten Erzwingung machte. — Daß diese Gründe bei unmöglichen Leistungen nicht zutreffen, bedarf keiner Ausführung. — Der Unterschied in den leitenden Gesichtspunkten ist übrigens

den des concreten Falls, schon in der Natur der Leistung an sich liegt, oder die Möglichkeit der Erwirkung der Leistung durch Umstände ausgeschlossen ist, welche sich auf den einzelnen Fall beziehen.[10]) Ein Beispiel einer absolut unmöglichen Leistung, welches wiederholt in den Quellen angeführt wird, ist die Lieferung eines **hippocentaurus**, ein Beispiel relativer Unmöglichkeit die Leistung einer bestimmten Sache, welche bereits untergegangen ist.[11]) Daß die absolute Unmöglichkeit immer als wahre Unmöglichkeit betrachtet wird, versteht sich von selbst. Die Unmöglichkeit ist aber nicht auf den engen Kreis der absoluten eingeschränkt; im Gegentheil gehören die meisten in den Quellen mitgetheilten Fälle unmöglicher Leistungen der relativen Unmöglichkeit an; wie es denn auch nur selten vorkommen wird, daß absolut unmögliche Leistungen zum Gegenstand von Obligationen gemacht werden.

Weit eingreifender ist die Eintheilung der Unmöglichkeit in eine objective und subjective. Unter der ersteren verstehen wir die Unmöglichkeit, welche ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat, unter subjectiver Unmöglichkeit diejenige, deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältniß zu dem Gegenstande der Obligation liegt.[12])

Auf diese Unterscheidung bezieht sich die **L. 137 §§. 4. 5. D. de V. O. (45. 1).**

Venulejus bezeichnet in dieser Stelle die subjective Unmöglichkeit als eine **facultas dandi**, und führt im §. 5 als Kennzeichen derselben an, daß die Leistung nur dem Schuldner, nicht aber Anderen unmöglich sei. In der That läßt sich daran am sichersten erkennen, daß die Unmöglichkeit nicht in dem Gegenstande ihren Grund hat; hätte sie dies, so würde sie für Jeden in gleichem Maße gelten müs-

---

auch keineswegs ganz ohne Einfluß auf die praktische Behandlung geblieben; s. unten §. 16 Note 2.

10) v. Savigny, System III. S. 164. Andere, z. B. v. Madai, Lehre von der Mora S. 77 bedienen sich des Ausdrucks: relative Unmöglichkeit, um damit die in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründete Unmöglichkeit zu bezeichnen.

11) §. 1. J. de inut. stip. (3. 19).

12) In der Bezeichnung bin ich v. Savigny gefolgt, der sich dieser Terminologie schon seit längerer Zeit in seinen Vorlesungen bediente; s. auch v. Savigny Obligationenrecht I. S. 384.

sen. Als Beispiele subjectiver Unmöglichkeit führt der Jurist im §. 4 der citirten Stelle die Leistung einer Geldsumme an, welche der Schuldner selbst nicht hat und wegen Mangels an Credit nicht herbeischaffen kann, ferner die Leistung einer fremden Sache, welche der Eigenthümer nicht verkaufen will. [13])

Die objective Unmöglichkeit bezeichnet Venulejus durch den Ausdruck: **impedimentum naturale**, wobei er allerdings zunächst nur die natürliche Unmöglichkeit vor Augen hat. Aehnliche Ausdrücke sind: **si per rerum naturam stetit** und mit Beziehung auf **obligationes faciendi: quod natura fieri non concedit.** [14]) Bei Obligationen, welche auf ein dare gerichtet sind, wird zur Bezeichnung einer objectiv unmöglichen Leistung der Ausdruck gebraucht: **quod dari non potest.** [15])

Die Unterscheidung der objectiven und subjectiven Unmöglichkeit ist von großer Wichtigkeit, wie für die Bestimmung der Gränzen wahrer Unmöglichkeit, so namentlich in Beziehung auf die praktische Behandlung der Unmöglichkeit. Venulejus bemerkt im §. 5 der **L. 137 cit.: „Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit: jure factam obligationem Sabinus scribit.“** Die subjective Unmöglichkeit hindert regelmäßig nicht die Entstehung einer gültigen Obligation; ja in vielen Fällen wird sie gar nicht als Unmöglichkeit berücksichtigt. Zu den letzteren Fällen gehören die oben aus dem §. 4 unserer Stelle hervorgehobenen Beispiele.

Wir haben bei der Feststellung des Begriffes der subjectiven Unmöglichkeit lediglich auf die Person des Schuldners und dessen Verhältniß zum Gegenstande der Obligation gesehen. Damit jedoch die Leistung erfolgen könne, ist in der Regel zugleich eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, die Annahme der Leistung. Eine Unmöglichkeit der Leistung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger diese Mitwirkung versagt oder außer Stande ist, dieselbe eintreten zu lassen. Diese Art der Unmöglichkeit hat gleichfalls mehr oder minder

---

13) Ueber das dritte Beispiel, welches in dem §. 4 cit. vorkommt, s. unten §. 19 Note 9.

14) L. 16 §. 3. D. de pec. const. (13. 5). L. 35 pr. D. de V. O. (45. 1). Vergl. auch die Ausdrücke, welche in §. 11 J. de inut. stip. (3. 15) und von Paulus, Rec. Sent. III. tit. 4 b. §. 1 zur Charakterisirung unmöglicher Bedingungen gebraucht werden.

15) Gajus III. §. 97. Ulpian. XXIV. §. 9. L. 1 §. 9. D. de O. et A. (44. 7). L. 35 pr. D. de V. O. (45. 1).

einen subjectiven Charakter; sie wird aber nach andern Regeln beurtheilt, als die in den Verhältnissen des Schuldners begründete Unmöglichkeit, und deshalb ist es gewiß nur zweckmäßig, den Ausdruck: subjective Unmöglichkeit, auf die letztere Art der Unmöglichkeit zu beschränken. Es liegt auch am nächsten, wenn von einer subjectiven Unmöglichkeit der Leistung die Rede ist, an die Person des Schuldners, als das in Betracht kommende Subject, zu denken.

Eine fernere Unterscheidung ist die in dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit.

Bei Bedingungen wird diejenige Unmöglichkeit, welche keinen dauernden Grund hat, nicht als solche berücksichtigt. Die Entscheidung, ob die Bedingung als erfüllt oder als vereitelt zu betrachten, ist der Regel nach nicht an eine bestimmte Zeit gebunden; überdies gehört zum Wesen der Bedingung nur, daß der künftige Eintritt des Ereignisses ungewiß sei. Diese Ungewißheit wird durch eine zeitweilige Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen, und daher ist kein Grund vorhanden, weshalb die auf das Eintreten eines nur zur Zeit unmöglichen Ereignisses gerichtete Bedingung nicht als eine wahre Bedingung behandelt werden sollte. 16)

Anders ist es, wenn der Leistung, zu welcher der Schuldner durch die Obligation verpflichtet ist, Hindernisse entgegenstehen, welche sie zur Zeit unmöglich machen. Die Obligation ist „nicht, wie eine Bedingung, auf unbestimmte Zukunft berechnet," 17) sondern regelmäßig auf die Gegenwart; wo letzteres nicht der Fall ist, da ist entweder eine bestimmte sonstige Zeit für die Erfüllung festgesetzt, oder wenigstens durch die Obligation selbst ein Mittel zur Feststellung der Erfüllungszeit an die Hand gegeben. Hier kann also die zeitweiweilige Unmöglichkeit nicht von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden.

Die römischen Juristen bedienen sich zwar zur Bezeichnung der zeitweiligen Unmöglichkeit nicht des Ausdrucks: **impossibile**; die denselben beigelegten Wirkungen, welche freilich in wesentlichen Punkten von den Wirkungen der dauernden Unmöglichkeit abweichen, erklären

---

16) v. Savigny, System III. S. 166 folg.
17) v. Savigny a. a. O. S. 168.

sich aber daraus, daß auch in diesem Fall ein, wenn auch nur vorübergehendes Nichtkönnen des Schuldners angenommen wird. Demnach dürfte es sich rechtfertigen, auch von einer zeitweiligen Unmöglichkeit zu sprechen.

Die genauere Feststellung der Begriffe kann erst unten erfolgen (§. 16); hier beschränken wir uns darauf, das Verhältniß, in welchem diese Eintheilung zu der vorhergehenden steht, in der Kürze anzugeben.

Die objective Unmöglichkeit ist, namentlich wenn es sich um eine Sachleistung handelt, in der Regel eine dauernde, wenn auch Fälle einer zeitweiligen objectiven Unmöglichkeit keineswegs ausgeschlossen sind; ein Beispiel einer solchen bildet die Leistung einer res publica, welche nicht für immer, sondern nur für eine Zeitlang dem Privatverkehr entzogen ist. [18]) Die subjective Unmöglichkeit kann gleichfalls eine dauernde sein, wenn ein seiner Natur nach dauernder Rechtszustand der Leistung entgegensteht; gerade diese Art der subjectiven Unmöglichkeit wird aber nur in einem sehr beschränkten Umfange berücksichtigt. Dagegen kommt die allein auf factischen Hindernissen beruhende subjective Unmöglichkeit, welche dem Schuldner im Allgemeinen angerechnet wird, regelmäßig nur als eine Unmöglichkeit in Beziehung auf die Zeit der Leistung in Betracht. Besonders klar ist dies, wenn das Hinderniß in einem factischen, dem Recht widerstreitenden Zustande besteht, z. B. wenn die zu leistende Sache entwendet oder geraubt ist. Einem solchen Zustande kann selbstverständlich der Charakter der Continuität nicht beigelegt werden. In der angegebenen Natur der subjectiven Unmöglichkeit liegt der Grund, weshalb sie auch in denjenigen Fällen, in welchen sie als Unmöglichkeit berücksichtigt wird, doch die Entstehung einer gültigen Obligation regelmäßig nicht hindert.

Die Unmöglichkeit kann sich endlich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange beziehen oder nur auf einen Theil derselben. — Diese Unterscheidung der völligen und theilweisen Unmöglichkeit ist insonderheit für die Wirkungen der Unmöglichkeit von großer Bedeutung.

---

18) Vergl. z. B. L. 83 §. 5 init. D. de V. O. (45. 1).

Zu der theilweisen Unmöglichkeit ist auch die Unmöglichkeit zu rechnen, welche sich auf gewisse Modalitäten der Leistung bezieht, z. B. Eigenschaften des zu leistenden Gegenstandes, Zeit und Ort der Leistung. Insofern ist also auch die zeitweilige Unmöglichkeit nur als eine theilweise zu betrachten.

Erstes Kapitel.

Gränzen der Unmöglichkeit.

§. 2.

I. Sachleistungen. — Individuell bestimmte Sachen (Species). Sogleich vorhandene Unmöglichkeit.

Aus demjenigen, was über die Arten der Unmöglichkeit bemerkt ist, geht hervor, daß die Eintheilung der Unmöglichkeit in eine objective und subjective von vorwiegender Bedeutung ist. Wir werden im Nachfolgenden diese Eintheilung zum Ausgangspunkte für die Untersuchung machen, und zunächst uns ausschließlich mit den Fällen der objectiven und subjectiven Unmöglichkeit beschäftigen, indem wir die Untersuchung über die in den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit an das Ende des Kapitels (§. 10) verweisen.

Bei der Behandlung der Fälle der objectiven und subjectiven Unmöglichkeit werden wir folgende Ordnung beobachten:

I. Sachleistungen.[1]
Leistung individuell bestimmter Sachen. Alternative, generische, Geld-Leistungen.

II. Leistungen, welche in einem Thun bestehen.

Anhangsweise ist dann noch zu untersuchen, inwiefern, wenn Handlungen Dritter zum Gegenstande von Obligationen gemacht sind, von einer Unmöglichkeit gesprochen werden kann. (§. 9)

---

1) Den Ausdruck: Sachleistung verstehen wir hier in seiner weiteren Bedeutung; er umfaßt also neben den Leistungen auf ein eigentliches dare auch die sonstigen Leistungen, welche den Zweck haben, daß der Gläubiger die versprochene Sache behalte, sowie die auf ein bloßes restituere und auf Ueberlassung einer Sache zur Benutzung gerichteten Leistungen.

4) Der angegebenen Uebersicht zufolge sind zunächst die Gränzen der Unmöglichkeit bei den Leistungen individuell bestimmter Sachen festzustellen. Hierbei ist es erforderlich, die sogleich vorhandene Unmöglichkeit von der nachfolgenden zu trennen.

Daß die sogleich vorhandene Unmöglichkeit, insofern sie eine objective ist, immer als wahre Unmöglichkeit betrachtet wird, bedarf keines ausführlichen Beweises. Dies wird anerkannt nicht nur für die Fälle der natürlichen, sondern auch für die Fälle der juristischen Unmöglichkeit. —

Es liegt also eine wahre Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn die Sache, deren Leistung versprochen wird, nicht existirt, einerlei ob sie nicht existiren kann, nie existirt hat oder bereits untergegangen ist.[2]) Dies gilt nicht bloß, wenn eine körperliche Sache, sondern eben so sehr, wenn ein Recht oder ein Complex von Rechten Gegenstand der Obligation ist. So werden z. B. die Uebertragung einer nicht existirenden Forderung und die Ueberlieferung einer nicht existirenden Erbschaft als unmögliche Leistungen betrachtet.[3])

Der Leistung einer nicht existirenden Sache steht die Leistung einer dem Verkehr entzogenen Sache, sowie eines freien Menschen gleich. Völlig klar ist dies für diejenigen Fälle, in welchen der Schuldner sich zu einem **dare** in der engeren Bedeutung des Wortes verpflichtet hat.[4]) Aber auch beim Kaufcontract wird, obgleich die Verpflichtung nicht auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist,[5]) eine wahre Unmöglichkeit der Leistung anerkannt, wenn eine **res extra commercium** oder ein freier Mensch zum Gegenstande der Obligation gemacht ist.[6]) Der Zweck des Kaufcontracts geht nämlich dahin,

---

2) Vergl. z. B. §. 1. J. de inut. stip. (3. 19). L. 15 pr. D. de contr. empt. (18. 1). Ebenso ist eine wahre Unmöglichkeit anzunehmen, wenn die versprochene Sache specificirt ist, oder dadurch, daß sie in eine untrennbare Verbindung mit einer anderen Sache getreten ist, ihre Selbständigkeit vollständig verloren hat. Hierher gehört endlich auch der Fall, wenn eingefangene wilde Thiere aus dem Gewahrsam ihres Eigenthümers entkommen und durch Wiedererlangung ihrer natürlichen Freiheit res nullius geworden sind.

3) Vergl. L. 75. §§. 1. 2. D. de legatis 1 (30). L. 11 §. 13. D. de leg. 3 (32). — L. 1. D. de hered. vend. (18. 4).

4) Gajus III. §. 97 — §. 2. J. de inut. stip. (3. 19).

5) L. 25 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1).

6) L. 34 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1). Vergl. auch L. 137 §. 6, D. de V. O. (45. 1).

daß der Käufer die Sache als eine seiner Herrschaft unterworfene behalte (**ut rem emptori haberi liceat**);[7]) dem Verkehr entzogene Sachen sind aber solche, welche schlechthin „**haberi non possunt.**“[8])

Eine objective juristische Unmöglichkeit kann gleichfalls durch ein gesetzliches Veräußerungsverbot begründet werden; doch ist, wie wir im folgenden §. sehen werden, die Unmöglichkeit der Leistung nicht dasjenige Moment, nach welchem sich die Wirkungen der Veräußerungsverbote, soweit sie hier in Betracht kommen, bestimmen.

Die subjective Unmöglichkeit, zu welcher wir jetzt übergehen, kann ihren Grund darin haben, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht fehlt, oder darin, daß er nicht in demjenigen factischen Verhältnisse zur Sache steht, welches eine nothwendige Voraussetzung für die Erfüllung der Obligation ist.

Die erstere Art der subjectiven Unmöglichkeit kann nur bei denjenigen Leistungen vorkommen, welche zu ihrer Vornahme ein Recht des Schuldners an der zu leistenden Sache voraussetzen. Dazu gehören zunächst die Leistungen, welche geradezu in der Uebertragung eines dinglichen Rechts an den Gläubiger bestehen. Die auf eine solche Leistung gerichtete Obligation kann, sofern das zu übertragende Recht einem Anderen, als dem Schuldner zusteht, nicht erfüllt werden, wenn der Schuldner nicht nachträglich das gedachte Recht von demjenigen, welchem es zusteht, erwirbt, oder den Inhaber des Rechts veranlaßt, die Leistung für ihn vorzunehmen.[9])

Außerdem kommen hier noch diejenigen Leistungen in Betracht, zu welchen der Verkäufer und Vermiether sich verpflichten. Eine vollständige Erfüllung der von diesen Personen übernommenen Verpflichtungen ist regelmäßig dadurch bedingt, daß der Schuldner nicht nur die factische Herrschaft über die zu leistende Sache hat, sondern auch zu der Leistung berechtigt ist.[10]) Ist er dies nicht, so bedarf er

---

7) Dies gilt so sehr, daß kein Kauf einer Sache angenommen wird, wenn ausgemacht ist, daß das Eigenthum an derselben (also dasjenige Recht, ohne welches auf ein dauerndes Behalten der Sache nicht gerechnet werden kann) nicht auf den Käufer übergehen soll. L. 80. §. 3. D. de contr. empt. (18. 1).

8) L. 34 §. 1 D. de contr. empt. (18. 1). Vergl. auch L. 4, D. eod.

9) Das Letztere ist das einzige Auskunftsmittel, wenn dem Schuldner das commercium in Betreff der zu leistenden Sache fehlt.

10) Gerade darin zeigt sich der Unterschied zwischen diesen Leistungen und den-

zur Erfüllung immer einer Mitwirkung des Berechtigten, welche freilich unter Umständen nur darin zu bestehen braucht, daß derselbe die Leistung geschehen läßt, ohne sein Recht geltend zu machen.

In allen diesen Fällen, in welchen die Erfüllung der Obligation ein Recht an der zu leistenden Sache voraussetzt, ist es für den Schuldner, welcher die Leistung einer fremden Sache versprochen hat, nicht nur schwierig, sondern in der That unmöglich, seiner Verpflichtung nachzukommen, wenn der Eigenthümer der Sache jede Mitwirkung versagt. Diese Unmöglichkeit wird aber dem Schuldner als eine wahre Unmöglichkeit nicht angerechnet.

In den Quellen wird ganz allgemein gesagt, daß das fehlende **commercium** des Schuldners in Betreff der versprochenen Sache auf die Wirksamkeit der Obligation keinen Einfluß hat.[11]) Um so mehr müssen wir annehmen, daß die Leistung einer fremden Sache, in Ansehung deren dem Schuldner das **commercium** zusteht, nicht als eine unmögliche Leistung betrachtet wird. Dies finden wir auch für die wichtigsten Obligationen anerkannt, zum Theil mit dem ausdrücklichen Zusatze, daß selbst die Weigerung des Eigenthümers, die Sache dem Schuldner zu überlassen, keine wahre Unmöglichkeit begründe.

So zunächst für die Stipulation. In der oben (S. 5) bereits angeführten **L. 137 §. 4, D. de V. O. (45. 1)** wird bemerkt, daß

---

jenigen, welche nur ein factisches Verhältniß zu der zu leistenden Sache voraussetzen, wie dies z. B. in Ansehung der Restitution der Fall ist, zu welcher der Depositar, Commodatar u. s. w. verpflichtet sind. Bei den letzteren Leistungen kann nur in ganz seltenen Ausnahmsfällen, wie in dem ersten der in L. 31 §. 1, D. depositi (16. 3) referirten Fälle, die Frage aufgeworfen werden, ob der Schuldner zur Leistung berechtigt sei. Eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit kann überdies bei diesen Leistungen nicht vorkommen, weil die Obligation durch die Hingabe der Sache an den Schuldner erst entsteht, durch diese Hingabe aber das factische Verhältniß zur Sache, welches die einzige Voraussetzung für die Vornahme der Leistung bildet, zugleich begründet wird. — Ob die hingegebene Sache dem Gläubiger gehört oder nicht, hat auf die Möglichkeit der Restitution keinen Einfluß; höchstens kann das fehlende Recht des Gläubigers der Grund einer nachfolgenden Unmöglichkeit der Restitution werden, wenn z. B. ein Dritter die hingegebene Sache vindicirt.

11) L. 34, D. de V. O. (45. 1) „— — si quis promittat [mihi rem], cujus commercium non habet: ipsi nocere, non mihi.“ L. 49 §. 3, D. de legat. 2 (31): „Sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum, cujus commercium is heres non habeat, dare jusserat ei, qui ejus commercium habeat: putat heredem obligatum esse, quod verius est, vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit: vel, si non est, in ejus aestimationem.“

in dem Falle der **promissio** eines fremden Sclaven, welchen der Eigenthümer nicht verkaufen wolle, keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern nur eine **causa difficultatis, quae ad incommodum promissoris pertinet**, anzunehmen sei. In einer anderen Stelle wird allgemein gesagt, daß man sich gültig eine Sache stipuliren könne, welche dem Versprechenden nicht gehöre.[12])

Imgleichen wird keine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, wenn eine fremde Sache zum Gegenstande eines Kaufcontracts gemacht ist. Dies ergiebt sich schon aus der Lehre von der Evictionsleistung, deren Grundsätze die Gültigkeit des über eine fremde Sache abgeschlossenen Kaufcontracts zu ihrer nothwendigen Voraussetzung haben, ferner daraus, daß die Bestimmungen des Aedilicischen Edicts auch bei dem Verkaufe fremder Sachen zur Anwendung kommen.[13]) Ueberdies wird die Regel, daß ein gültiger Kaufcontract über eine fremde Sache abgeschlossen werden kann, in den Quellen ausdrücklich anerkannt.[14])

Derselbe Grundsatz wird zur Anwendung gebracht bei dem Tauschvertrage,[15]) der Sachenmiethe[16]) und dem Vermächtniß von Sachen,

---

12) L. 15 §. 3 i. f. D. de usurp. (41. 3) „— — concessum est, stipulari rem, etiam quae promissoris non sit."

13) L. 11 §. 8 D. de act. empti (19. 1).

14) L. 28. D. de contr. empt. (18. 1) „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio — — —". L. 8. D. de hered. vend. (18. 4). — Auf das Recht des Eigenthümers kann der Contract selbstverständlich keinen Einfluß üben; daher heißt es am Schluß der L. 28 cit.: „sed res emptori auferri potest." — Der Kaiser Constantin schrieb, um dem Verkauf fremder Sachen vorzubeugen, in einem Gesetze, welches uns im Cod. Theod. als L. 2 de contr. empt. (3. 1) und vollständiger in den fragm. Vat. §. 35 aufbehalten ist, gewiße Förmlichkeiten für den Kaufcontract vor, deren Nichtbeachtung denselben ungültig machen sollte, wenn es sich nachher ergab, daß die verkaufte Sache dem Verkäufer nicht gehört habe. Auch dieses Gesetz setzt also voraus, daß an sich der Verkauf einer fremden Sache gültig sei. Die erwähnten Vorschriften des L. 2. C. Th. de contr. empt. sind übrigens in den Justinianischen Codex nicht aufgenommen.

15) Insofern von der einen Seite durch Uebertragung des Eigenthums der Vertrag erfüllt ist, ist der Mitcontrahent schon nach römischem Recht verpflichtet, die Gegenleistung zu beschaffen, auch wenn die zu leistende Sache ihm nicht gehört. Dies folgt daraus, daß die Grundsätze über die Evictionsleistung auch bei der permutatio rerum zur Anwendung kommen, L. 1 §. 1. D. de rer. permut. (19. 4). Nach heutigem Recht gilt dies für die Leistungen beider Theile, da jetzt der Tauschvertrag durch Consens perfect wird.

16) L. 9 pr. L. 15 §. 8. D. locati (19. 2.)

welche weder dem Erblasser noch dem Erben gehören.[17]) Der Umstand, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht fehlt, wird auch bei diesen Obligationen nicht als Grund einer wahren Unmöglichkeit berücksichtigt.

Eine Anwendung des gedachten Grundsatzes, welche in den Quellen besonders angeführt wird, besteht darin, daß die **promissio** und der Verkauf einer Prädialservitut gültig sind, wenn auch das Grundstück, welches dienen soll, dem Promissor oder Verkäufer nicht gehört[18]). Ferner liegt derselbe einer Reihe von Entscheidungen zu Grunde, welche sich auf die Befreiung des zur Leistung einer fremden Sache verpflichteten Schuldners durch eine nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung beziehen.[19])

Wer der Eigenthümer der versprochenen fremden Sache ist, kommt im Allgemeinen nicht in Betracht. Die Gültigkeit des über eine fremde Sache abgeschlossenen Kaufcontracts wird selbst für den Fall anerkannt, daß die Sache dem **fiscus** gehört.[20])

Eine abweichende Behandlung trat jedoch dann ein, wenn die zu leistende Sache in feindlichem Eigenthum sich befand. Die Leistung eines **fundus hostium** wurde den objectiv unmöglichen Lei-

---

17) L. 39 §. 7. L. 71 §. 3. D. de legat. 1 (30). L. 49 §. 3. D. de leg. 2 (31) [Not. 11]. Der Grund, weshalb das Vermächtniß einer fremden Sache unter Umständen als ungültig betrachtet wird, liegt nicht in der Annahme einer Unmöglichkeit der Leistung. Vergl. §. 4 I. de legatis (2. 20).

18) L. 25 §. 10. D. fam. herc. (10. 2). L. 46 §. 1. D. de evict. (21. 2). Dasselbe gilt, wenn das Grundstück, welches dienen soll, dem Schuldner theilweise gehört; der Contract ist gültig, auch wenn die Miteigenthümer ihre Mitwirkung zur Bestellung der Servitut versagen. L. 10. D. de evict. (21 2).

19) L. 51. L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1). L. 92 pr. L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3). L. 35. L. 114 §. 19. D. de leg. 1. (30). L. 22 §. 2 D. de leg. 3. (32.).

20) L. 72 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1). Dagegen wurde nach römischem Recht eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, wenn dieselbe sich auf praedia Caesaris bezog, „quae in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt.“ Diese werden, da die Möglichkeit des Erwerbs für Jeden gleich fern liegt, in der gedachten Beziehung den res extra commercium gleichgestellt. Vergl. L. 39 §. 10, D. de leg. 1 (30), deren Bestimmung gewiß auch auf andere Obligationen auszudehnen ist.

stungen gleichgestellt.[21]) Der Grund lag ohne Zweifel darin, daß hier die Leistung nicht bloß für den Schuldner, sondern für jeden Unterthan gleich unmöglich war. Dasselbe galt gewiß im Allgemeinen auch in Ansehung beweglicher Sachen. Doch bestand zwischen diesen und den unbeweglichen Sachen allerdings ein Unterschied. An einer beweglichen Sache des Feindes konnte unter Umständen durch Kauf oder auf andere Weise ein sicheres Eigenthum erworben werden; von einer sicheren Erwerbung eines **fundus hostium** konnte aber, wenigstens so lange das feindliche Verhältniß dauerte, nicht die Rede sein, indem der **fundus** nicht, wie eine bewegliche Sache, durch Erwerb von Seiten eines Unterthan der Gewalt der Feinde entzogen werden konnte.[22]) Diese Verschiedenheit mag die Veranlassung gewesen sein, daß das Vermächtniß feindlicher Sachen (wobei sicher nur an bewegliche Sachen zu denken ist) dann aufrecht erhalten wurde, wenn sie vom Onerirten auf irgend eine Weise erworben werden konnten.[23]) Es dürfte jedoch sehr zweifelhaft sein, ob die römischen Juristen die zuletzt erwähnte Bestimmung auf andere Obligationen ausgedehnt haben.[24])

In Folge der Veränderungen, welche sich in den völkerrechtlichen Verhältnissen zugetragen haben, werden heutzutage die Obligationen über feindliche Sachen im Allgemeinen eben so, wie die über sonstige Sachen zu behandeln sein. Der Krieg wird nur insofern, als durch denselben zugleich die Communication mit dem feindlichen Gebiete und den feindlichen Unterthanen abgeschnitten ist, und nur für die Zeit, während dies der Fall ist, als ein Hinderniß der Leistung berücksichtigt werden können. Die Leistung einer feindlichen Sache kann jedoch

---

21) L. 103. D. de V. O. (45. 1). Ueber die Bedeutung des Wortes: hostes vergl. L. 118, D. de V. S. (50. 16).

22) Ueber die Rechtlosigkeit, welche im Alterthume allen nicht befreundeten Völkern gegenüber bestand, und den Erwerb eines gesicherten Eigenthums innerhalb des Gebiets derselben unmöglich machte, vergl. L. 5 §. 2, D. de captivis (49. 15).

23) L. 104 §. 2. D. de leg. 1 (30) „Etiam rem hostium posse legari, Sabinus ait, si aliquo casu emi possit." —

24) Wenn nämlich die Gültigkeit des Vermächtnisses einer res hostium für gewisse Fälle ausgesprochen wird, so ist dabei immer noch besonders vorausgesetzt, daß der Erblasser wenigstens wußte, daß die Sache ihm selbst nicht gehöre, §. 4 I. de legatis (2. 20).

unter den Begriff der rechtswidrigen Leistung fallen; so namentlich wenn der Verkehr mit den feindlichen Unterthanen untersagt ist.

Der Grundsatz, daß das fehlende Recht des Schuldners keine wahre Unmöglichkeit begründet, gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner es gewußt hat, daß die Sache eine fremde ist, oder ob er damit unbekannt gewesen ist.[25]) Auch ist die Gültigkeit der Obligation nicht dadurch bedingt, daß der Gläubiger keine Kunde von dem fehlenden Recht des Schuldners gehabt hat, wenn gleich das Wissen des Gläubigers dem Schuldner regelmäßig eine **exceptio doli** gegen die auf Erfüllung der Obligation oder auf Entschädigung gerichtete Klage verschaffen wird.[26])

Nur bei dem Verkauf einer **res furtiva** wurden in der letzteren Beziehung andere Grundsätze zur Anwendung gebracht. Wenn der Käufer und Verkäufer die Furtivität der Sache kennen, soll nämlich der Verkauf als nichtig betrachtet werden; wenn der Käufer allein sie kennt, ist der Verkäufer nicht verpflichtet, die verkaufte Sache zu liefern; er kann aber auch die **actio venditi** nicht anstellen, es sei denn, daß er freiwillig die übernommene Leistung erfüllt.[27])

Aus der letzten Bestimmung folgt, daß die erwähnte Entscheidung nicht in der Annahme einer Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund hat. Zudem ist der Kauf vollkommen gültig, wenn der Käufer allein mit der Furtivität der Sache nicht bekannt ist, und dasselbe

---

25) Vergl. z. B. L. 9 pr. D. locati (19. 2).

26) Vergl. L. 27 C. de evict. (8 45). L. 7. C. commun. utriusque. (3. 38). Die Nebenverträge, welche zwischen den Parteien für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung wegen mangelnden Rechts des Schuldners abgeschlossen sind, werden als wirksam betrachtet, auch wenn der Gläubiger wußte, daß die Sache eine fremde sei. Doch wird allerdings der Geltendmachung des Rechts aus dem Nebenvertrage gleichfalls eine exceptio doli entgegenstehen, wenn der Gläubiger den Schuldner, welcher die versprochene Sache für die seinige hielt, zur Eingehung eines solchen Nebenvertrages verleitet hat, vergl. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 266.

27) L. 34 §. 3 D. de contr. empt. (18. 1). „Item si et emptor et venditor scit, furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur: et ita Pomponius quoque scribit."

wird ohne Zweifel auch dann gelten müssen, wenn keiner von beiden Theilen wußte, daß die Sache gestohlen sei.

Die abweichende Entscheidung für den Verkauf einer **res furtiva** beruht ohne Zweifel auf Gründen der Sittlichkeit.

Der Käufer kann aus einem wissentlich über eine **res furtiva** abgeschlossenen Handel kein Recht geltend machen; in der Geltendmachung würde eine Theilnahme am **furtum** liegen. Haben beide Theile die Furtivität gekannt, so liegt auf beiden Seiten eine **turpitudo** vor, welche die Entstehung einer wirksamen Obligation hindert. Denn derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache ohne den Willen des Eigenthümers veräußert, sowie derjenige, welcher wissentlich eine gestohlene Sache an sich bringt, macht sich eines **furtum**, beziehungsweise der Theilnahme an einem solchen schuldig.[28])

Die Entscheidung wird, da sie auf inneren Gründen beruht, nicht auf den Kaufcontract zu beschränken, sondern auf alle Contracte anzuwenden sein, bei welchen dieselben Gründe zutreffen.[29])

Während sich über die subjective Unmöglichkeit, welche in dem fehlenden Rechte des Schuldners ihren Grund hat, eine Reihe von Entscheidungen in den Quellen findet, fehlt es daran für diejenige subjective Unmöglichkeit, welcher factische Hindernisse zu Grunde liegen, fast gänzlich.

Völlig fest steht nur so viel, daß die fehlende factische Disposition über die zu leistende Sache nicht als wahre Unmöglichkeit berücksichtigt wird, wenn sie lediglich eine Folge des fehlenden Rechtes ist, wenn also nur dem Schuldner, nicht aber demjenigen, welchem das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht an der Sache zusteht, die factische Disposition über dieselbe fehlt. Dies ergiebt sich

---

28) Vergl. L. 6. 12. 14. C. de furtis (6. 2) §. 3. i. f. I. de usuc. (2. 6).

29) Dies gilt namentlich in Ansehung des Tauschvertrages. Bei den Obligationen auf Restitution hingegebener Sachen können die Rücksichten, welche die für den Kauf der res furtiva getroffene Bestimmung motiviren, nicht wohl zutreffen. Deshalb sind das Depositum, das Commodat u. s. w., auch wenn der hingegebene Gegenstand eine gestohlene Sache ist, gültig. L. 15. 16. D. commod. (13. 6). L. 22 §. 2. D. de pign. act. (13. 7). L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. depositi (16. 3). — Man kann sich auf diese Stellen nicht berufen, um zu beweisen, daß die für den Kauf einer res furtiva geltenden Bestimmungen eine singuläre Ausnahme enthalten.

aus einer Mehrzahl von Stellen, denenzufolge die auf Leistung einer fremden Sache gerichtete Obligation durch eine von dem Eigenthümer mit der zu leistenden Sache vorgenommene Veränderung nur dann aufgehoben wird, wenn durch dieselbe auch der Eigenthümer in die Lage versetzt ist, daß er die Sache nicht würde leisten können.[30]) Diese Stellen setzen nämlich auf der einen Seite die vollständige Gültigkeit des Vertrages voraus, auf der anderen Seite, daß der Eigenthümer und nicht der Schuldner die factische Disposition über die zu leistende Sache hat.

Sehr zweifelhaft ist es dagegen, ob eine Unmöglichkeit anzunehmen ist, wenn das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht dem Schuldner zusteht, die factische Disposition über die Sache ihm aber entzogen ist, oder wenn, sofern die versprochene Sache eine fremde ist, auch dem Berechtigten die factische Disposition über die Sache fehlt, z. B. wenn die Sache zur Zeit der Abschließung des Vertrages dem Eigenthümer gestohlen oder geraubt war.

Zwischen dieser Art der subjectiven Unmöglichkeit und derjenigen, welche in dem fehlenden Rechte des Schuldners ihren Grund hat, besteht ein wesentlicher Unterschied. Die factischen Zustände, welche als Hindernisse eintreten, haben einestheils keine dauernde Natur, so daß sie jedenfalls nur eine zeitweilige Unmöglichkeit begründen können, anderntheils können diese so unvorhergesehen und plötzlich eintreten, daß es dem Schuldner, insofern die Obligation nicht in der unmittelbaren Nähe der zu leistenden Sache abgeschlossen wird, unmöglich ist, mit völliger Bestimmtheit zu wissen, ob er im Augenblick der Abschließung des Vertrages noch diejenige factische Disposition über die Sache hat, welche zur Vornahme der Leistung nöthig ist. — Es würde eine unverkennbare Unbilligkeit involviren, wenn der Schuldner dessenungeachtet als unbedingt verpflichtet gelten müßte.

Die rechtlichen Zustände sind dagegen ihrer Natur nach dauernd. Ist einmal das Eigenthum oder ein sonstiges Recht an einer Sache erworben — und daß dies geschehen, darüber muß sich der Schuld-

30) L. 98 §. 8. L. 92 pr. D. de solut. (46. 3). L. 51. L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1). L. 35. D. de leg. 1 (30). Nach diesen Stellen tritt eine Befreiung des Schuldners ein, wenn der Eigenthümer den zu leistenden Sclaven manumittirt, oder das zu leistende Schiff in seine Bestandtheile aufgelöst hat, um diese zu anderen Zwecken zu verwenden; nicht aber, wenn der Eigenthümer nur eine durchgreifende Reparatur mit der Sache vorgenommen, oder auf der von dem Schuldner zu leistenden area ein Haus errichtet hat.

ner vergewissern, ehe er die Leistung der Sache verspricht —, so wird es gewöhnlich nicht ohne seinen Willen wieder verloren, und auch die unfreiwilligen Gründe des Eigenthumsverlustes treten, abgesehen von den Fällen, in welchen zugleich eine objective Unmöglichkeit der Leistung begründet wird, in der Regel nicht so unmittelbar ein, daß der Schuldner nicht durch eine der Abschließung des Vertrages vorhergehende Untersuchung über sein rechtliches Verhältniß zur Sache sich vor Eingehung einer Verpflichtung hüten kann, deren Erfüllung durch einen vorher eingetretenen Verlust des Rechts ihm subjectiv unmöglich geworden wäre. Dies gilt namentlich von den Fällen des Eigenthumsverlustes durch eine **adjudicatio**, welche die vorgängige Anstellung einer Theilungsklage voraussetzt, sowie von dem Rechtsverluste, welcher eine Folge der von einem Dritten vollendeten Ersitzung ist. Nur in sehr seltenen Fällen steht der Verlust des Eigenthums, welcher eine bloß subjective Unmöglichkeit begründet, in der oben gedachten Beziehung dem Verluste der factischen Disposition völlig gleich. Der hauptsächlichste und in den Quellen allein erwähnte Fall dieser Art ist der Verlust des Eigenthums durch feindliche Wegnahme, welcher nach römischem Recht, schon abgesehen von der besonderen Art und Weise seines Eintretens, als Grund einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit in Betracht kommt. [31])

Die inneren Gründe sprechen meiner Ansicht nach dafür, die subjective Unmöglichkeit, welche auf factischen Hindernissen beruht, als eine wahre, wenn gleich nur zeitweilige Unmöglichkeit anzuerkennen. Auch läßt sich, wie ich glaube, die **L. 137 §§. 4. 5. D. de V. O. (45. 1)** mit Grund nicht dagegen anführen. In dem §. 4 dieser Stelle wird freilich der Satz allgemein aufgestellt, daß nur die objective, nicht aber die subjective Unmöglichkeit berücksichtigt werde; überdies wird in dem §. 5 gesagt, daß die Obligation gültig sei, wenn die ver-

---

31) Dies folgt aus den Bestimmungen, welche in Ansehung der Obligationen über feindliche Sachen gelten; denn darauf, ob die versprochene Sache von jeher eine feindliche gewesen oder erst durch Erbeutung eine solche geworden ist, kann nichts ankommen. Vgl. auch L. 55 D. de act. empti (19. 1). L. 9. L. 98. D. de legat. 1 (30). Nach heutigem Recht ist der Umstand allein, daß die Sache durch Erbeutung eine feindliche geworden ist, nicht entscheidend für die Annahme einer Unmöglichkeit; wohl aber ist in diesem Fall eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit anzunehmen, wenn der Verlust der factischen Disposition über die zu leistende Sache als Grund einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit anzuerkennen ist.

sprochene Leistung nur dem Schuldner, nicht aber Anderen unmöglich sei. — Es ist aber nicht selten, daß von den römischen Juristen zur Motivirung einer für einen bestimmten Fall abgegebenen Entscheidung eine allgemeine Regel aufgestellt wird, welche zwar für diesen Fall zutrifft, der aber eine allgemeine Geltung keineswegs zukommt. Ferner ist die Unmöglichkeit, welche hier zur Frage steht, nur eine zeitweilige, welche eben deshalb die Entstehung einer gültigen Obligation regelmäßig nicht hindert, sondern nur in Beziehung auf die Zeit der Geltendmachung der Forderung ihren Einfluß äußert. Die Berücksichtigung dieser Unmöglichkeit steht also mit dem in dem §. 5 der **L. 137 cit.** aufgestellten Satze nicht in Widerspruch.[32])

Daß auf die **L. 137 §. 4. D. de V. O.** kein zu großes Gewicht gelegt werden kann, lehrt namentlich auch eine Vergleichung mit der **L. 55. D. de act. empti (19. 1).** In dem hier behandelten Falle liegt, wie der Jurist sagt, nur eine „**difficultas in praestando,**“ nicht „**in natura**“ vor, dessenungeachtet wird der Fall in einer Weise entschieden, welche die Annahme einer zeitweiligen Unmöglichkeit nothwendig voraussetzt.

Ein näheres Eingehen auf diejenigen Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf die hier zur Frage stehende Art der Unmöglichkeit beziehen, kann erst unten (§. 19) stattfinden, wo von der praktischen Behandlung der zeitweiligen Unmöglichkeit die Rede sein wird.

---

§. 3.

I. Sachleistungen. Individuell bestimmte Sachen (Species). Sogleich vorhandene Unmöglichkeit (Fortsetzung).

Im vorigen §. haben wir bei der juristischen Unmöglichkeit den Satz im Allgemeinen durchgeführt gefunden, daß nur die objective, nicht

32) Zur Begründung der aufgestellten Ansicht kann man sich übrigens auf die L. 126 §. 3. D. de V. O. (45. 1) nicht berufen. Wenn in dieser Stelle die Stipulation auf ein „aliquid dari, quod promittenti impossibile est“ als unwirksam bezeichnet wird, so darf der Nachdruck nicht auf das Wort promittenti gelegt werden. Sonst würde diese Stelle in directen Widerspruch mit der L. 137 §. 5. D. eod., so wie auch mit vielen anderen Entscheidungen in den Quellen treten.

die subjective Unmöglichkeit berücksichtigt wird. Wir wenden uns jetzt zu der Frage, ob diese Regel auch dann zur Anwendung kommt, wenn ein Veräußerungsverbot der Leistung entgegensteht.

Die vertragsmäßigen und testamentarischen Veräußerungsverbote machen keine Schwierigkeit. Die letzteren haben, sofern nicht andere Bestimmungen mit ihnen in Verbindung gesetzt sind, keine Bedeutung;[1]) die ersteren gewähren dem Mitpaciscenten für den Fall der Uebertretung des Verbots eine persönliche Klage, sie machen aber eine gegen das Verbot vorgenommene Veräußerung nicht ungültig, also auch nicht unmöglich.[2])

Damit die gegen ein vertragsmäßiges oder testamentarisches Verbot vorgenommene Veräußerung ungültig sei, ist nöthig, daß das Recht derjenigen Person, für welche das Verbot gelten soll, zugleich zu einem widerruflichen gemacht sei;[3]) die gedachte Wirkung ist aber in diesem Falle nicht sowohl eine Wirkung des Veräußerungsverbots, als der Widerruflichkeit des Rechts.

Von einer objectiven Unmöglichkeit kann hier so wenig die Rede sein, wie wenn eine fremde Sache zum Gegenstande der Obligation gemacht ist, da die Veräußerung gültig vorgenommen werden kann, wenn beim vertragsmäßigen Verbot der Mitpaciscent, bei dem testamentarischen diejenigen, zu deren Gunsten es angeordnet ist, ihre Einwilligung ertheilen.[4]) Die Grundsätze, welche für den Fall der Widerruflichkeit des dem Schuldner zustehenden Rechts im Allgemeinen gelten, sind auch hier zur Anwendung zu bringen (s. unten §. 5).

Die gesetzlichen Veräußerungsverbote haben die Wirkung, daß jede dagegen vorgenommene Veräußerung nicht nur rechtswidrig, sondern auch ungültig ist.[5])

---

1) L. 114 §. 14. D. de leg. 1 (30). Eine singuläre Ausnahme findet sich in L. 2. C. de usuc. pro emptore (7. 26).

2) L. 61. D. de pactis (2. 14).

3) Dies geschieht, indem angeordnet wird, daß die Sache im Fall der Veräußerung einem Dritten, beim vertragsmäßigen Verbot dem Mitpaciscenten, zufallen soll.

4) Vergl. L. 120 §. 1. D. de leg. 1 (30). L. 77 §. 27. L. 88 §. 14. D. de leg. 2 (31). L. 11. C. de fideicommissis (6. 42).

5) Den richterlichen Veräußerungsverboten würden wir aus allgemeinen Gründen gleiche Wirkung, wie den gesetzlichen, beizulegen haben. Doch scheint es, als ob die römischen Juristen nicht so weit gegangen sind. Vergl. L. 12. D. de usurp. (41. 3). L. 7 §. 5. D. pro emptore (41. 4).

Ist die Veräußerung einer Sache schlechthin, ohne alle Einschränkung, untersagt, so ist die Uebertragung des Eigenthums an dieser Sache als unmöglich zu betrachten.[6])

Es kann keinen Unterschied machen, ob die Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß die zu leistende Sache überhaupt nicht im Eigenthum stehen kann, oder darin, daß eine Uebertragung des Eigenthums unter keinen Umständen erfolgen kann. Demgemäß ist es nicht zu bezweifeln, daß die Veräußerung von Sclaven, welche im Colonatsverhältniß standen, insofern dieselben getrennt von dem Grundstück, zu welchem sie gehörten, einem Andern geleistet werden sollten, imgleichen die Veräußerung von Eunuchen römischer Abkunft u. s. w., als unmögliche Leistungen betrachtet wurden.[7]) Hier treffen also Rechtswidrigkeit und Unmöglichkeit zusammen.

Alle Veräußerungsverbote dieser Art, welche sich im römischen Recht finden, sind gegenwärtig unpraktisch.

Bei denjenigen Veräußerungsverboten des römischen Rechts, welche noch eine praktische Bedeutung haben, ist die Veräußerung keineswegs in allen Fällen, in welchen sie wegen des Verbots ungültig ist, auch als unmöglich zu betrachten. Wenn wir die für Obligationen über fremde Sachen geltenden Regeln zu Grunde legen, werden wir eine Unmöglichkeit der Leistung hier nur in einem sehr beschränkten Umfange annehmen können.

Die **res litigiosa** kann trotz des Veräußerungsverbots mit Einwilligung des Gegners ohne Zweifel gültig veräußert werden; die Veräußerung ist hier nicht in höherem Grade unmöglich, als die Veräußerung einer fremden Sache, welche gleichfalls ohne Mitwirkung des Eigenthümers nicht gültig vorgenommen werden kann.[8])

Die Veräußerung des **fundus dotalis** war nach der **Lex Julia**, deren Grundsätze bis auf Justinian galten, nur insofern dem Ehemann

---

6) Was von der Uebertragung des Eigenthums gilt, ist auch von der Leistung, zu welcher der Verkäufer sich verpflichtet, anzunehmen (s. oben S. 11). Ferner bezieht sich das Veräußerungsverbot im Zweifel nicht allein auf die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch auf die Uebertragung sonstiger dinglicher Rechte. L. 7. C. de reb. al. (4. 51).

7) Vergl. L. 7. C. de agricolis (11. 47). L. 2. C. de eunuchis (4. 42).

8) Insofern besteht allerdings ein Unterschied, als in Betreff der Sachen, deren Veräußerung verboten, auch die Ersitzung ausgeschlossen ist. Dieser Unterschied kann aber, was unsere Frage betrifft, nicht als wesentlich betrachtet werden.

verboten, als die Ehefrau nicht in dieselbe eingewilligt hatte;[9]) die Mitwirkung der Ehefrau ist aber gewiß nicht schwieriger zu erreichen, als bei Verträgen über fremde Sachen die Mitwirkung des Eigenthümers. — Erst durch Justinian ist die Veräußerung des **fundus dotalis** schlechthin untersagt.[10]) Hiernach ist allerdings die Uebertragung des Eigenthums oder eines sonstigen dinglichen Rechts am **fundus dotalis,** so lange dieser die Dotaleigenschaft hat, eine unmögliche Leistung; die Unmöglichkeit kann aber nur als eine zeitweilige betrachtet werden, mithin als eine solche Unmöglichkeit, welche die Entstehung einer gültigen Obligation regelmäßig nicht ausschließt. — Noch weniger kann eine völlige Unmöglichkeit in Ansehung derjenigen Leistung, zu welcher der Ehemann als Verkäufer eines **fundus dotalis** sich verpflichtet, angenommen werden; ja es ist zweifelhaft, ob hier überhaupt eine wahre Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Der Ehemann kann das Grundstück tradiren, auch für die Dauer der Ehe in der Regel gewähren, daß der Käufer das Grundstück behalte; mit Aufhebung der Ehe ist aber das Hinderniß beseitigt; unter Umständen tritt alsdann sogar von selbst eine Convalescenz der Veräußerung ein. Es könnte sich hier wohl fragen, ob wir die Leistung nicht als möglich anzusehen, und der etwaigen spätern Vindication der Ehefrau oder der Erben derselben nur die Wirkungen einer gewöhnlichen Eviction beizulegen hätten.

Was über die Veräußerung des **fundus dotalis** bemerkt ist, läßt sich im Wesentlichen auf die Veräußerung von Mündelgütern und solchen Gegenständen, welche zu den **bona adventitia** gehören, anwenden. Aber auch abgesehen davon, sind die Veräußerungen dieser Güter häufig ungültig, ohne unmöglich zu sein.

Die Veräußerung von Mündelgütern ist ungültig, wenn nicht zuvor ein obrigkeitliches Veräußerungsdecret erwirkt ist; als unmöglich würde sie aber wenigstens dann nicht gelten können, wenn die Umstände der Art waren, daß ein Decret den gesetzlichen Vorschriften nach hätte erwirkt werden können.

Die Veräußerung von Gütern, welche zu den **bona adventitia** gehören, ist dem Vater im Allgemeinen untersagt; die Kinder, denen die Proprietät zusteht, können aber, vorausgesetzt natürlich, daß sie die zu Veräußerungen nöthige Handlungsfähigkeit haben, mit Einwil-

---

9) Gajus II. §. 63. Paulus, R. S. II. tit. 21. b. §. 2.

10) L. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5. 13). pr. I. quib. alienare (2. 8).

ligung des Vaters veräußern.[11] Will man nun auch den Schluß nicht zulassen, daß umgekehrt auch der Vater mit Einwilligung der Kinder veräußern könne, so wird jedenfalls doch nach den im vorigen §. entwickelten Principien hier so wenig eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden können, wie in dem Falle, wenn der Schuldner wegen mangelnden **commercium** außer Stande ist, das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht an der versprochenen fremden Sache zu erwerben.

Aus den obigen Bemerkungen dürfte es sich zur Genüge ergeben, daß die Unmöglichkeit der Leistung und die Ungültigkeit der Veräußerung bei weitem nicht immer zusammentreffen. Sollten nun die Wirkungen, welche das Veräußerungsverbot auf die Obligation über die demselben unterworfene Sache hat, nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung sich bestimmen, so würde es nöthig sein, bei den einzelnen Verboten eine Reihe von Unterscheidungen zu machen.

Von solchen Unterscheidungen finden wir in den Quellen keine Andeutung. Es wird nirgends eine Untersuchung darüber angestellt, ob die dem Verbote zuwiderlaufende Veräußerung auch als unmöglich zu betrachten sei; vielmehr wird die Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Obligation, wo überhaupt eine Motivirung sich findet, lediglich auf die Rechtswidrigkeit gestützt.[12] Dies ist auch der Grund, weshalb kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden kann, daß die Zustände, auf welche sich die Veräußerungsverbote beziehen, meistens nur vorübergehender Natur sind (s. §. 16 Note 2).

Die Wirkungen der Veräußerungsverbote sind, soweit sie hier in Betracht kommen, verschieden bestimmt. In denjenigen Fällen, in welchen ein völlig unbeschränktes Veräußerungsverbot der Leistung entgegenstand, war die Obligation ohne Zweifel immer unwirksam. Von den übrigen Veräußerungsverboten ist einzelnen gleichfalls die Wirkung beigelegt, daß sie die Obligation, welche auf eine denselben entgegenstehende Leistung gerichtet ist, ungültig machen.[13] Andere Verbote

---

11) L. 8 §. 5 i. f. C. de bonis, quae lib. (6. 61).

12) Vergl. L. 3. C. Th. de contr. empt. (3. 1). L. 2. 4. C. de litig. (8. 37). L. 1. C. de praed. decur. (10. 33). Nov. 7. cap. 5. — Nur in Fällen eines völlig unbeschränkten Veräußerungsverbots wird auch von einer Unmöglichkeit der Leistung gesprochen. Vergl. L. 2. C. de eunuchis (4. 42).

13) So ist die Obligation, welche auf Veräußerung litigioser Gegenstände gerichtet ist, ungültig, L. 2. 4. C. de litig. (8. 37). Ferner sind die Verträge des s. g. conjux binubus auf Veräußerung solcher Gegenstände, welche zu den

haben diese Wirkung nicht, vielmehr werden die Contracte über Sachen, welche denselben unterworfen sind, als gültig angesehn.[14]) Die Gründe

lucra nuptialia gehören, deren Proprietät mit Eingehung der zweiten Ehe auf die Kinder aus der ersten Ehe übergeht, als ungültig zu betrachten, insofern die Veräußerung nicht in Folge einer Beerbung der Kinder durch den Veräußerer convalescirt; dafür spricht die, bei der entgegengesetzten Annahme fast ganz bedeutungslose Bestimmung, daß die Kinder die veräußerten Sachen selbst dann vindiciren können, wenn sie Erben des Veräußerers geworden sind, L. 5 §. 1 i. f. C. de sec. nupt. (5. 9). Nov. 22 cap. 26. §. 1; vgl. auch Nov. 2 cap. 2. — Imgleichen wurden die Verkäufe von Decurionengütern, sofern sie ohne Decret erfolgten, als unwirksam angesehen, L. 1. C. de praed. dec. (10. 33). [vergl. L. 1. 2. C. Th. eod. (12. 3)]. — In den Pandekten finden sich nur wenige Stellen über die Wirkungen der Veräußerungsverbote in der hier zur Frage stehenden Beziehung; doch scheint es fast, als ob das ältere Recht eine Ungültigkeit der Obligation in einem weitern Umfange angenommen hat, als das neuere. Die L. 49. D. de minor. (4. 4) und L. 42. D. de usurp. (41. 3) lassen sich zwar nicht mit Sicherheit für diese Ansicht anführen, da dieselben sich möglicherweise nur auf die Ungültigkeit der Veräußerung beziehen. Wichtiger ist dagegen die L. 16. D. de test. milit. (29. 1), derzufolge wegen des Veräußerungsverbots der Lex Julia, welches auch für den Erben bis zu erfolgter Restitution fortbestand [L. 1 §. 1. D. de fundo dot. (23. 5)], das Vermächtniß eines fundus dotalis ungültig war.

14) So sind als gültig anzusehen: a) die Contracte über Mündelgüter. Dafür spricht L. 9. C. de praed. et al. (5. 71) und namentlich die in Nov. 7. cap. 5. anerkannte Gültigkeit der Contracte über Kirchengüter. Wie sich die Sache nach vorjustinianischem Recht verhielt, ist ungeachtet der L. 9. C. cit. nicht unzweifelhaft. Denn wenn auch die Worte der L. 22 i. f. C. de adm. tut. (5. 37) ausschließlich auf die Ungültigkeit der Veräußerung sich beziehen lassen, so ist eine solche Interpretation doch kaum anwendbar bei der nicht in Justinian's Sammlung aufgenommenen L. 3. C. Th. de contr. empt. (3. 1); wenigstens ist diese Stelle, wenn sie nur die Ungültigkeit der Veräußerung aussprechen sollte, sehr unvorsichtig gefaßt; b) die Contracte über Dotalgüter, welche nach Justinianischem Recht als gültig zu betrachten sind, arg. Nov. 61. cap. 1 i. f.; c) die Contracte über Adventitien, sofern dieselben nicht zu den in der vorigen Note erwähnten lucra nuptialia gehören; die Analogie der Bestimmungen über die Mündelgüter dürfte hier entscheidend sein. — Das neueste römische Recht ist, wie aus dem Angeführten hervorgeht, im Allgemeinen für die Gültigkeit der Obligation. Der Grund lag ohne Zweifel darin, daß man so wirksamer dem Betruge zu begegnen glaubte, der nur zu leicht mit dem Verkauf der erwähnten Sachen getrieben werden konnte, und gegen den in vielen Fällen selbst die größte Vorsicht den Käufer nicht sichern konnte. — Uebrigens ist die Gültigkeit des Contracts nur dann anzunehmen, wenn der Käufer oder sonstige Gläubiger die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht kannte. Auf diesen Fall wird auch die Bestimmung der Nov. 7. cap. 5 zu beschränken sein.

dieser verschiedenen Behandlung sind aber in der Unmöglichkeit oder Möglichkeit der Leistung nicht zu suchen; sie liegen vielmehr in andern Rücksichten.[15]) — Es ist daher nicht zu billigen, wenn die Wirkungen, welche die Veräußerungsverbote nach dieser Seite hin haben, von Manchen noch aus einer Unmöglichkeit der dem Verbot entgegenstehenden Leistung abgeleitet werden.

---

§. 4.

I. Sachleistungen. — Individuell bestimmte Sachen (Species). — Nachfolgende Unmöglichkeit.

Die nachfolgende Unmöglichkeit ist, insofern es sich um die Leistung individuell bestimmter Sachen handelt, nicht in dem Maaße beschränkt, wie die sogleich vorhandene. Der Grund liegt ohne Zweifel darin, daß hier, damit die Unmöglichkeit berücksichtigt werde, ein zweites Moment hinzutreten muß, der Mangel einer Verschuldung.

Die objective Unmöglichkeit wird auch hier dem Schuldner immer als wahre Unmöglichkeit angerechnet. Dies gilt, die Unmöglichkeit mag eine natürliche oder juristische sein, also eben sowohl, wenn die versprochene Sache später dem Verkehr entzogen wird, als wenn sie untergeht.[1])

Aber auch die subjective Unmöglichkeit kommt im Allgemeinen dem Schuldner zu Statten. Die Ereignisse, welche dieselbe begründen,

---

15) Die Veräußerung der in der Note 13 erwähnten lucra nuptialia ist z. B. nicht in höherem Grade unmöglich, als die Veräußerung von anderen Adventitien oder von Mündelgütern; wenn dessenungeachtet die auf eine solche Veräußerung gerichtete Obligation unter Umständen als unwirksam betrachtet wurde, so lag der Grund in dem Bestreben, den Kindern erster Ehe gegen die Handlungen des zur zweiten Ehe schreitenden parens einen möglichst sichernden Schutz zu gewähren. — Die Veräußerung litigiöser Sachen ferner ist, wie wir oben gesehen, nicht als eine wahrhaft unmögliche Leistung zu betrachten; ein innerer Grund, weshalb die Verträge über diese Sachen anders, als die über Kirchengüter u. s. w. behandelt wurden, läßt sich wohl kaum anführen; der Käufer, welcher mit der Litigiosität der Sache nicht bekannt war, wurde jedoch insofern geschützt, als er außer der Zurückzahlung des Kaufpreises noch eine Privatstrafe in Anspruch nehmen konnte, welche sich auf den dritten Theil des Kaufpreises belief; L. 4. C. de litig. (8. 37).

1) S. z. B. L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1). L. 98 §. 8. D. de solutionibus (46. 3).

können sich ausschließlich auf die Person des Schuldners beziehen, wie z. B. Krankheit, nothwendige Abwesenheit vom Erfüllungsort, oder auf das Verhältniß des Schuldners zu der zu leistenden Sache.

Die zuerst gedachten Hindernisse der Erfüllung werden selbst eine subjective Unmöglichkeit nur in seltenen Fällen bewirken können. Die menschliche Thätigkeit, welche zur Beschaffung einer Sachleistung, z. B. zur Tradition, erfordert wird, ist in der Regel eine sehr einfache; überdies ist sie eine solche, welche in der ausgedehntesten Weise eine Vertretung zuläßt. — Von einer Unmöglichkeit kann also nicht schon dann die Rede sein, wenn der Schuldner außer Stande ist, die Leistung persönlich vorzunehmen; es ist nöthig, daß er auch für eine Vertretung nicht sorgen könne.[2]) Trifft Beides zusammen, so wird eine Unmöglichkeit angenommen.[3]) Eine solche Unmöglichkeit wird aber nicht oft vorkommen, und auch, wo sie vorkommt, sich nur selten zur Berücksichtigung eignen, weil dazu erfordert wird, daß sie ohne ein Verschulden des Verpflichteten eingetreten sei.[4]) Zudem wird sie fast immer eine schnell vorübergehende sein. Sowie nämlich der Schuldner im Stande ist, einen Vertreter zu bestellen, kann die Unmöglichkeit ihm nicht mehr angerechnet werden; wenn aber die Unmöglichkeit ihren Grund in einem mehr anhaltenden Zustande des Schuldners, z. B. eingetretenem Wahnsinn desselben, hat, wird regelmäßig auf andere

---

2) Dies ist der Grund, weshalb diese Art der Unmöglichkeit zur Zeit der Begründung der Obligation nicht in Frage kommen kann. Hat der Schuldner überhaupt die persönliche Fähigkeit, eine gültige Verpflichtung einzugehen, so wird ihm — wenigstens in diesem Augenblick noch — auch die Möglichkeit nicht fehlen, einen Vertreter zu bestellen.

3) L. 23 pr. D. de usuris (22. 1): „Sed et si Reipublicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.“ Diese Stelle handelt zwar nur von der Ausschließung der nachtheiligen Folgen der Mora; eben dazu bedarf es aber einer wahren Unmöglichkeit der Leistung. S. oben S. 2. Uebrigens wird die hier zur Frage stehende Unmöglichkeit der Leistung wegen ihrer weiterhin im Text angegebenen Natur sehr selten andere Wirkungen, als die in L. 23 pr. erwähnte haben. Daraus erklärt es sich, daß wir dieselbe nur in dieser einen Beziehung ausdrücklich in den Quellen anerkannt finden.

4) Deshalb kommt es dem Schuldner nicht zu Statten, wenn er das Eintreten des Hindernisses im Voraus erwarten konnte, und doch keinen Vertreter bestellt hat. In der L. 23 pr. cit. wird aus diesem Grunde besonders hervorgehoben, daß der Schuldner plötzlich zur Abreise genöthigt sei.

Weise für die Vertretung gesorgt, und so das Hinderniß der Erfüllung hinweggeräumt.

Wichtiger sind die Ereigniße, welche sich auf das Verhältniß des Schuldners zu der zu leistenden Sache beziehen. Wir behandeln zunächst diejenigen, durch welche dem Schuldner die zur Vornahme der Leistung nöthige factische Disposition über die Sache entzogen wird.[5])

Die Ereignisse der gedachten Art, welche in den Quellen vorzugsweise erwähnt werden, sind: Raub, Dejection, Diebstahl, Wegnahme durch Feinde und bei Leistung von Sclaven die Flucht derselben.[6]) Dieselben werden, obgleich sie nur eine subjective Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben, doch als Gründe einer wahren Unmöglichkeit anerkannt.

Dies geht zunächst daraus hervor, daß wir bei diesen Ereignissen die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner zur Leistung eines Geldäquivalents für die ihm entzogene Sache verpflichtet sei, davon abhängig gemacht finden, ob eine zu prästirende Verschuldung vorliege.[7]) Die Untersuchung über das Vorhandensein einer Verschuldung wäre aber durchaus müssig, wenn hier keine Unmöglichkeit der Leistung angenommen würde; noch weniger würde dem Ergebnisse der Untersuchung ein Einfluß auf die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner eine Entschädigung zu leisten habe, eingeräumt werden können. — Ferner werden Ausdrücke, welche ursprünglich nur auf die objective Unmöglichkeit sich beziehen, auf Fälle der vorliegenden Art übertragen. So heißt es z. B. res furto, latrocinio perit;[8]) ebenso wird der Ausdruck: interire auf den Fall der agressura latronum

---

5) Vergl. darüber im Allgemeinen Donellus, comment. lib. XVI, cap. 6, welcher diese Fälle unter dem Namen: „amissio rei debitae, quae salvo corpore rei contingit" zusammenfaßt.

6) Die feindliche Wegnahme enthält allerdings zugleich einen Rechtsverlust; wir haben sie hier angeführt, weil der Rechtsverlust die Folge des Besitzverlustes ist, und weil in den Quellen dieses Ereigniß regelmäßig mit den übrigen im Text erwähnten Gründen der Unmöglichkeit zusammengestellt wird.

7) Dies finden wir z. B. bei der fuga servorum in L. 5 §. 2 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). L. 8 §. 10. D. mandati (17. 1), beim Diebstahl in L. 35 §. 4. D. de contr. empt. (18. 1), bei dem Raub in L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7), bei der Wegnahme durch Feinde in L. 1 §. 4. D. cit. L. 53 §. 9. D. de legat. 1. (30), L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1).

8) L. 35 §. 4. D. de contr. empt. (18. 1). L. 14 §. 1. D. de periculo (18. 6). L. 14. §. 10. L. 53 §. 3. D. de furtis (47. 2). — L. 52 §. 3. D. pro socio (17. 2). L. 9. D. de V. S. (50. 16).

angewendet.[9]) Endlich finden wir nicht selten die Gründe der hier zur Frage stehenden Unmöglichkeit mit Gründen objectiver Unmöglichkeit zusammengestellt, und zwar in der Weise, daß ihnen eine gleiche Wirksamkeit beigelegt wird. So werden in der **L. 23 D. de R. J. (50. 17)** unter den die Erfüllung der Obligation hindernden Ereignissen, für deren nachtheilige Folgen der Schuldner nicht zu haften braucht, neben den **mortes**, **incendia** u. s. w. auch **fugae servorum** und **rapinae** aufgeführt. Ebenso werden auch in anderen Stellen der Raub, die Flucht der Sclaven, und außerdem die Wegnahme durch den Feind dem Untergange der Sachen gleichgestellt.[10])

Die angeführten Gründe dürften überzeugend darthun, daß die Römer bei den auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichteten Obligationen die auf factischen Hindernissen beruhende subjective Unmöglichkeit berücksichtigt haben. Es fragt sich jedoch, in welchem Umfange dies geschehen ist.

In den Quellen findet sich keine Stelle, welche die aufgestellte Frage in dieser Allgemeinheit behandelte. Fast in allen Entscheidungen, welche hier in Betracht kommen, handelt es sich darum, ob der Schuldner, welcher durch ein b e s t i m m t e s Ereigniß an der Erfüllung der Obligation gehindert ist, Entschädigung zu leisten hat, eine Frage, deren Beantwortung eben so sehr davon abhängt, ob dem Verpflichteten eine Verschuldung zur Last fällt, als von dem Vorhandensein einer Unmöglichkeit der Erfüllung. So erklärt es sich, daß in solchen Fällen, in welchen eine Verschuldung klar vorliegt, und deshalb jedenfalls eine Entschädigung zu leisten ist, nicht erst noch die Frage, ob eine Unmöglichkeit anzunehmen sei, erörtert wird. — Dies ist zugleich der Grund, weshalb wir, wie sich unten ergeben wird, in dem vom Depositum handelnden Pandektentitel die für die Bestimmung der Gränzen der Unmöglichkeit wichtigsten Entscheidungen antreffen. Bei denjenigen

---

9) L. 6. C. de pign. act. (4. 24).

10) L. 3 §. 1 i. f. D. nautae (4. 9). L. 18 pr. D. commodati (13. 6). L. 1 §. 4 i. f. de O. et A. (44. 7). L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1). — Die Gleichstellung bezieht sich übrigens nur darauf, daß der Schuldner, der durch solche Ereignisse an der Erfüllung der Obligation gehindert wird, sofern ihm keine Verschuldung zur Last fällt, nicht verpflichtet ist, eine Entschädigung zu leisten; im Uebrigen finden allerdings gewisse Unterschiede Statt, welche damit zusammenhängen, daß die Unmöglichkeit, welche durch die hier zur Frage stehenden Ereignisse herbeigeführt wird, meistens nur eine zeitweilige ist.

Obligationen, bei welchen der Schuldner nur für dolus und culpa lata haftet, ist das Zusammenfassen der beiden Fragen nach dem Vorhandensein einer Unmöglichkeit und einer Verschuldung am wenigsten hinderlich. Das Depositum ist aber unter diesen Obligationen die einzige, welche in den Quellen ausführlicher behandelt wird.

Die Ereignisse, welche in den Quellen vorzugsweise als Gründe einer zu berücksichtigenden subjectiven Unmöglichkeit erwähnt werden, sind, wie oben bereits bemerkt: Raub, Dejection, Diebstahl, Wegnahme durch Feinde und Flucht der Sclaven. — Dieselben sind nur als Beispiele zu betrachten, [11]) und es ist deshalb wichtig, ihre gemeinschaftlichen Merkmale ins Auge zu fassen. Diese bestehen aber darin, daß die angeführten Ereignisse sämmtlich von außen her eintretende sind, und daß durch dieselben dem Schuldner die factische Disposition über die zu leistende Sache entzogen wird.

Betrachten wir zunächst das erste Moment, so werden wir darauf kein entscheidendes Gewicht legen dürfen. Es würde in hohem Grade inconsequent sein, wenn man die Beantwortung der Frage, ob eine Unmöglichkeit vorliege, von der Beschaffenheit des Ereignisses, welches sie herbeigeführt hat, und nicht von der Beschaffenheit des herbeigeführten Zustandes selbst abhängig machte. Demgemäß wird denn auch anerkannt, daß der Depositar nicht haftet, wenn er die von dem Sclaven des Sejus deponirte Sache an den Titius gegeben hat, weil er diesen für den Eigenthümer des Sclaven hielt. [12]) Ebenfalls braucht der Erbe des Depositars, wenn er, ohne von dem Depositum etwas zu wissen, die deponirte Sache verkauft, und so die facultas restituendi verloren hat, dem Deponenten keine Entschädigung zu leisten. [13])

---

11) S. namentlich L. 47 §§. 2—4. D. de legatis 1 (30). L. 18 pr. D. commodati (13. 6).

12) L. 1 §. 32. D. depositi (16. 3). Von selbst versteht es sich, daß der Deponent, insofern ihm ein dingliches Recht an der Sache zusteht, gegen den Dritten klagen kann.

13) L. 1 §. ult. L. 2. 3. D. depos. (16. 3). Daß der Erbe des Depositars den vom Käufer erlangten Kaufpreis herausgeben muß, falls der Deponent es nicht vorzieht, die Sache vom Käufer zu vindiciren, steht mit der Verpflichtung aus dem Depositum in keiner unmittelbaren Verbindung, sondern ist eine Folge des Grundsatzes, daß in obligatorischen Verhältnissen derjenige Theil, welchen der Nachtheil eines Ereignisses trifft, auch das commodum desselben für sich in Anspruch nehmen kann.

Es kommt also lediglich darauf an, daß dem Schuldner die factische Disposition über die Sache entzogen sei. Dieser Mangel der Disposition kann jedoch sehr verschiedener Art sein. Insonderheit kann in dem einen Fall eine nähere Aussicht auf Wiedererlangung der Disposition vorliegen, als in dem anderen. Auch dieser Umstand hat aber keinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage, ob eine Unmöglichkeit anzunehmen sei. So wird z. B. eine Unmöglichkeit der Leistung anerkannt, wenn ein Dritter sich des verpachteten Grundstücks gewaltsam bemächtigt hat, obgleich hier doch der Verpächter das Hinderniß in der Regel durch sofortige Anstellung des interdictum unde vi schnell wird heben können. [14]) — Imgleichen wird es berücksichtigt, wenn die deponirte Sache sich in einem verschlossenen horreum befindet, welches der Depositar nicht öffnen kann, insofern demselben nur keine zu prästirende Verschuldung zur Last fällt. [15])

Wir gelangen also zu der Regel, daß bei Obligationen, welche auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichtet sind, jede Veränderung in dem Verhältnisse des Schuldners zur Sache, wodurch diesem die zur Vornahme der Leistung erforderliche factische Disposition über dieselbe entzogen wird, als Grund einer Unmöglichkeit in Betracht kommt.

Die aufgestellte Regel haben wir als eine solche zu betrachten, welche gleichmäßig für alle Obligationen gilt, die auf Leistung einer bestimmten Sache gehen. Die Entscheidungen in den Rechtsquellen beziehen sich allerdings meistens auf bonae fidei Obligationen; sie enthalten aber keine Andeutung, daß die Erweiterung der Gränzen der Unmöglichkeit in der besondern Natur dieser Obligationen ihren Grund habe. [16]) Ueberdies wird bei einer stricti juris Obligation, der Obligation aus dem Damnationslegat, die Unmöglichkeit in gleichem Umfange, wie bei den bonae fidei Obligationen anerkannt. [17]) Nur in

---

14) L. 33 i. f. D. locati (19. 2).

15) L. 1 §§. 21. 22. D. depositi (16. 3).

16) In der L. 6. C. de pign. act. (4. 24) könnte man vielleicht eine solche Andeutung finden. Abgesehen aber davon, daß die Anwendung des argumentum a contrario bei Rescripten sehr bedenklich ist, würde hier die Anwendung desselben viel zu weit führen, nämlich dahin, daß die casus fortuiti allgemein keinen Einfluß auf die Verpflichtungen aus stricti juris Obligationen hätten, ein Resultat, welches einer Menge sonstiger Entscheidungen widersprechen würde.

17) L. 47 §§. 2—4. D. de leg. 1 (30). Daß diese Stelle vom Damnationslegat

Betreff der Stipulation sind Zweifel angeregt, und es läßt sich nicht läugnen, daß die Entscheidungen, welche wir in den Quellen finden, nicht genügen, um die Anwendung der angeführten Regel auf die Stipulation völlig außer Zweifel zu setzen.

So sind diejenigen Stellen, in welchen im Fall der Gefangennehmung eines Sclaven durch die Feinde eine Unmöglichkeit anerkannt wird, [18]) nicht vollständig beweisend. Denn wenn auch der Fall der Wegnahme durch den Feind in den Quellen nicht selten mit anderen Fällen subjectiver Unmöglichkeit, namentlich dem Fall des Raubes, zusammengestellt wird, [19]) so hat derselbe doch, wie aus dem oben (S. 16) über das Versprechen einer **res hostium** Bemerkten hervorgeht, manche Eigenthümlichkeiten, welche die Begründung eines sichern Schlusses von dem erwähnten Fall auf andere Fälle hindern.

Ebenso läßt sich auch die **L. 85. D. de furtis (47. 2)** nicht als eine völlig sichere Beweisstelle anführen. Paulus beschäftigt sich in dieser Stelle mit den Fällen, in welchen die Regel, daß derjenige, **„cujus interest non subripi,“** die **actio furti** habe, nicht zur Anwendung kommt. Wenn er hier nun unter Anderm anführt, daß dem Gläubiger **ex stipulatu**, so wie dem **ex testamento**, selbst wenn er ein Interesse habe (**„quamvis intersit ejus“**), die **actio furti** nicht zusteht, so liegt allerdings die Annahme am nächsten, daß er hauptsächlich an den Fall, daß der zu leistende Gegenstand ohne Verschulden des Debitor entwendet ist, gedacht, und somit indirect die Entwendung als Grund einer Unmöglichkeit der Leistung anerkannt hat. Der erwähnte Fall ist nämlich derjenige, in welchem der aufgestellten Regel zufolge der Gläubiger vorzugsweise einen Anspruch auf die **actio furti** hat; [20]) zudem spricht für diese Annahme die Zusammenstellung des Stipulator mit dem Gläubiger **ex testamento**, dem gegenüber die auf factischen Hindernissen beruhende subjective Unmöglichkeit als eine wahre Unmöglichkeit berücksichtigt wird (s. oben Note 17). — Die Worte: **„quamvis intersit ejus“** lassen sich aber noch in einer andern Weise erklären. Wenn nämlich auch der Diebstahl bei der Sti-

---

handelt, geht aus einer Vergleichung des §. 3 derselben mit Ulpian. tit. 24 §. 14 hervor. S. auch v. Savigny, Obligationenrecht. I. S. 393.

18) L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1). L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3.).

19) L. 18 pr. D. commod. (13. 6) „latronum hostiumve incursus.“ L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7) „praedonum hostiumve incursu.“ L. 47 §§. 2. 3. D. de leg. 1 (30).

20) L. 14. D. de furtis (47. 2). Gajus III. §§. 203 seq.

pulation nie als Grund einer Unmöglichkeit in Betracht käme, der Stipulator also in diesem Fall immer eine Entschädigung in Anspruch nehmen könnte, so würde doch ein Interesse des Stipulators, welches an sich zur Begründung eines Rechts auf die actio furti geeignet wäre, alsdann vorliegen, wenn der Schuldner wegen Insolvenz unfähig wäre, seiner Verpflichtung zur Entschädigung nachzukommen. [21]) Bezieht man aber, was freilich nicht so nahe liegt, die Worte: „quamvis intersit ejus", insofern sie auf den Stipulator gehen, allein auf den letzten Fall, so ist die L. 85 cit. für unsere Frage von keiner Bedeutung. [22])

Es sind also vorzugsweise die inneren Gründe, so wie die Analogie der Bestimmungen über das Damnationslegat, welche es uns wahrscheinlich machen, daß für die Stipulation dieselben Gränzen der Unmöglichkeit gegolten haben, wie für die anderen Obligationen. [23]) Für das heutige Recht ist jedenfalls der oben aufgestellten Regel, derzufolge die Entziehung der factischen Disposition über die zu leistende Sache als Grund einer wahren nachfolgenden Unmöglichkeit betrachtet wird, eine allgemeine Geltung beizulegen.

Die erwähnte Regel gilt auf gleiche Weise für diejenigen Leistungen, welche lediglich ein factisches Verhältniß des Schuldners zu der Sache voraussetzen, wie für diejenigen, welche überdies zu ihrer Voraussetzung haben, daß derjenige, welcher sie vornimmt, in einem bestimmten rechtlichen Verhältniß zu der zu leistenden Sache steht. Mit Beziehung auf die letzteren Leistungen ist es jedoch nöthig, einige

21) Vergl. L. 12 pr. D. de furtis (47. 2). Gajus III. §. 205.

22) Wichtiger würde die L. 13. D. de furtis (47. 2) sein, wenn man sie zu einem argumentum a contrario benutzen dürfte. Dies ist aber sehr zweifelhaft; siehe unten §. 25. Note 29. Die L. 66 §. 5. D. eodem gehört nicht hierher, indem die Stipulation, von welcher sie handelt, nicht auf eine Sachleistung gerichtet ist.

23) A. M. Donellus, comment. XVI. cap. 6. Er beruft sich theils auf die L. 137 §. 4. D. de V. O. (45. 1), theils darauf, daß bei Stipulationen nur die objective Unmöglichkeit als wirksam erwähnt werde. Das letztere Argument ist immer ein sehr bedenkliches; die L. 137 cit. aber bezieht sich nur auf die sogleich vorhandene Unmöglichkeit, und auch für diese dürfte die in derselben aufgestellte allgemeine Regel nicht unbedingt zur Anwendung zu bringen sein. Vergl. oben S. 20 ff.

beschränkende Bestimmungen hinzuzufügen. Dieselben ergeben sich aus dem im §. 2 entwickelten Grundsatz, daß es dem Schuldner nicht als Unmöglichkeit angerechnet wird, wenn ihm zur Zeit der Begründung der Obligation das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht an der Sache fehlt.

1) War eine fremde Sache Gegenstand der Leistung, zu welcher der Schuldner sich verpflichtet hat, so wird es nicht als Grund einer zu berücksichtigenden Unmöglichkeit betrachtet, wenn die Sache später in ein solches factisches Verhältniß zu ihrem Eigenthümer tritt, wie es den rechtlichen Verhältnissen entspricht, sollte auch dadurch dem Schuldner die factische Disposition über die Sache entzogen sein. Wollte man dies nicht annehmen, so würde man die Regel, daß der Vertrag über eine fremde Sache gültig sei, zu einem großen Theil aufheben. Die Richtigkeit der angegebenen Beschränkung folgt aber namentlich daraus, daß die Eviction die Verpflichtung des Verkäufers nicht aufhebt, sondern ihn, einerlei, ob er die Fremdheit der Sache kannte oder nicht, zur Entschädigung verpflichtet. Imgleichen wird es ausdrücklich anerkannt, daß der Vermiether einer fremden Sache dem Miether selbst dann auf Prästation des **frui licere** haftet, wenn er die vermiethete Sache **bona fide** gekauft hatte und dieselbe ohne seine **culpa** evincirt ist.[24]

In dem Bisherigen ist davon ausgegangen, daß dem Schuldner, welcher die Leistung einer fremden Sache übernommen hat, auch nicht etwa ein persönliches Recht zur Vornahme dieser Leistung zustand. Die meisten Sachleistungen, welche überhaupt ein Recht des Leistenden voraussetzen, erfordern, daß ein dingliches Recht in seiner Person bestehe. Nur in denjenigen Fällen, in welchen die Verpflichtung lediglich auf eine Gebrauchsüberlassung gerichtet ist, kann schon ein persönliches Recht die Befugniß zur Leistung gewähren, wie denn der Miether regelmäßig berechtigt ist, die gemiethete Sache wieder zu vermiethen. Wenn in einem solchen Fall der Eigenthümer dem Aftermiether die Sache abnimmt, oder wenn er die Sache verkauft und dieselbe darauf von Seiten des Käufers vindicirt wird, so wird allerdings eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sein, welche dem Aftervermiether zu Statten kommt.[25]

---

24) L. 9 pr. D. locati (19. 2).

25) Nicht dagegen sind L. 7. 8. D. locati (19. 2). Es heißt hier freilich: der Miether könne vom Eigenthümer, welcher den Aftermiether in der Benutzung

Die Berücksichtigung der Unmöglichkeit in dem zuletzt gedachten Fall setzt jedoch voraus, daß der Miether als solcher, und nicht, als ob die Sache ihm gehöre (quasi dominus), den Contract mit dem Aftermiether abgeschlossen hat. Ist nämlich die Sache in der letztern Weise von ihm vermiethet, so hat der Aftervermiether eben dadurch stillschweigend übernommen, dafür einzustehen, daß nicht in Folge des ihm fehlenden Eigenthums eine Unmöglichkeit der Leistung eintrete, und ist demnach, wenn durch sein Benehmen der Aftermiether über das wahre Sachverhältniß getäuscht ist, diesem zur Entschädigung verpflich-

gehindert hat, das Interesse fordern, und dabei in Anschlag bringen, was er dem Aftermiether wegen der gestörten Benutzung zu leisten habe. Es wird aber nicht gesagt, daß der Miether dem Aftermiether unbedingt das Interesse zu leisten schuldig sei, so wie denn auch die angeführten Stellen überall nicht den Zweck haben, die Verpflichtung des Miethers gegen den Aftermiether näher zu erörtern. Die Stellen enthalten eine Anwendung von folgendem Grundsatz. Wenn durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten die Erfüllung einer Obligation dem Schuldner unmöglich geworden ist, so kann derselbe, insofern den allgemeinen Rechtsregeln zufolge ihm die Entschädigungsklage zusteht, mit dieser neben dem etwaigen eigenen Interesse auch die Erstattung des Interesse des Gläubigers verlangen, damit der Schaden nicht den Letzteren, sondern den Dritten, welcher ihn veranlaßt hat, treffe. Demzufolge haftet zwar der Schuldner trotz der Unmöglichkeit der Leistung; aus dem Zweck der Bestimmung folgt aber, daß er dadurch in keine schlechtere Lage gebracht werden soll; er haftet mithin nicht, wenn der Dritte insolvent ist, und kann auch durch Cession seiner Klage gegen den Dritten sich von seiner Verpflichtung befreien. Dies ist auch in Betreff des Miethers in dem Fall der L. 7 und 8 cit. anzunehmen. Vergl. L. 8 §. 3. D. mand. (17. 1): „tenetur autem, quia agere potest.“ L. 61. D. de adm. et per. (26. 7). L. 1. D. quando ex facto tut. (26. 9). L. 80 pr. D. de furt. (47. 2). — Ganz ähnlich wie in L. 7. 8. D. locati (19. 2) heißt es in L. 14 §. 7 i. f. D. de servo corrupto (11. 3): wer einen vermietheten Sclaven deteriorire, hafte dem Vermiether auch für dasjenige, was dieser dem Miether zu präſtiren habe; so wie nun hier, wo eine objective Unmöglichkeit vorliegt, dem Vermiether eine Verpflichtung zur Entschädigung, die über das von dem Dritten zu Erlangende hinausgeht, gewiß nicht hat auferlegt werden sollen, ebenso wenig können wir aus dem Inhalt der L. 7. 8. D. cit. schließen, daß der Miether in dem erwähnten Fall unbedingt zur Entschädigung verpflichtet sei. — Die dem Obigen anscheinend widersprechende L. 171. D. de R. J. (50. 17) ist vielleicht so zu verstehen, daß Niemand **bloß** dadurch, daß er das zu Leistende von einem Andern wieder erlangen könne, obligirt werde, daß vielmehr ein anderer Verpflichtungsgrund hinzutreten müsse. Möglicherweise bezieht sich die Stelle aber auf die Stipulation, bei welcher der oben angeführte Grundsatz im Allgemeinen nicht angewendet wurde; vergl. L. 18 §. 5. D. de dolo (4. 3) und unten §. 25 Note 27 ff.

tet, falls er durch Handlungen des Eigenthümers an der Benutzung gehindert wird.[26])

2) Fehlte dem Schuldner von Anfang an das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht, so kann eine spätere Veränderung in den Rechtsverhältnissen der Sache keinen Einfluß auf das Fortbestehen der Verpflichtung haben. Es bleibt sich rechtlich ganz gleich, ob A. oder B. diejenige Person ist, deren Mitwirkung der Schuldner zur Vornahme der Leistung bedarf. Dies gilt gleicherweise, wenn die fremde Sache, welche zum Gegenstand der Obligation gemacht ist, in Folge eines das Eigenthum verändernden Acts auch factisch in eine andere Hand übergeht. Die Annahme einer Unmöglichkeit setzt voraus, daß die Sachleistung auch demjenigen unmöglich sei, welcher zu der Zeit, um welche es sich handelt, das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht an der Sache hat. Ist also der fremde Sclave, welcher Gegenstand der Obligation ist, dem Eigenthümer entflohen oder in feindliche Gefangenschaft gerathen, so wird eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen,[27]) nicht aber im Fall einer Veräußerung.

---

§. 5.

I. Sachleistungen. Individuell bestimmte Sachen (Species). Nachfolgende Unmöglichkeit. (Fortsetzung.)

Die subjective Unmöglichkeit, insofern sie auf das Verhältniß des Schuldners zur Sache sich bezieht, kann nicht nur darin ihren Grund haben, daß dem Schuldner die factische Disposition über die zu leistende Sache entzogen ist, sondern auch in der Aufhebung des rechtlichen Verhältnisses, in welchem derselbe zur Sache stand. Die letztere Art der subjectiven Unmöglichkeit ist jetzt noch zu betrachten.

Der Verlust des Rechts kann die unmittelbare Folge der Entziehung der factischen Disposition über die Sache sein. Dies ist der Fall bei der feindlichen Wegnahme von Sachen, deren bereits in dem vorigen §. gedacht ist. Hier liegt der nächste und unmittelbare Grund der Unmöglichkeit darin, daß das die Vornahme der Leistung bedin-

---

26) Vergl. L. 15 §. 8. D. locati (19. 2) und namentlich die einen verwandten Fall behandelnde L. 9 §. 1. D. locati (19. 2).

27) L. 47 §§. 2. 4. D. de legatis 1 (30). L. 91 §. 1. D. de V. O. (45. 1).

gende factische Verhältniß des Schuldners zu der zu leistenden Sache aufgehoben ist.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann aber auch unmittelbar darin ihren Grund haben, daß der Schuldner das Recht an der zu leistenden Sache verliert. Eine derartige Veränderung in dem rechtlichen Verhältniß des Schuldners zur Sache wird in der Regel nur in Folge einer freien Handlung desselben eintreten können, und in diesem Fall ist es von geringerer Bedeutung, ob eine Unmöglichkeit angenommen wird oder nicht; eine Befreiung von der Verpflichtung wird hier, auch wenn man eine Unmöglichkeit annimmt, doch nur sehr selten wegen der dem Debitor gewöhnlich zur Last fallenden Verschuldung angenommen werden können. Dies ist ohne Zweifel der Grund, weshalb wir in den Quellen nur verhältnißmäßig wenige Entscheidungen finden, welche wir für die Beantwortung der Frage, ob der Verlust des Rechts als Grund einer wahren Unmöglichkeit berücksichtigt wird, benutzen können, und daß diese Entscheidungen sich sämmtlich auf einen unfreiwilligen Verlust des Rechtes beziehen. Die Sache selbst dürfte dessenungeachtet nicht zweifelhaft sein.

Einen der in den Quellen behandelten Fälle bildet die Confiscation (publicatio) der zu leistenden Sache. Diese wird wenigstens in Einer Stelle mit einem Ereigniß, welches eine objective Unmöglichkeit begründet, zusammengestellt und durchaus als Grund einer wahren Unmöglichkeit behandelt. [1]) Die Unmöglichkeit der Leistung, welche in diesem Fall durch den Rechtsverlust herbeigeführt wird, ist aber in der Regel nur eine subjective, weil die zu leistende Sache, wenn sie auch durch die publicatio zunächst in's öffentliche Vermögen übergeht, darum doch keineswegs zugleich dem Verkehr entzogen wird. [2])

---

1) S. L. 33. D. locati (19. 2), eine Stelle, welche allerdings in anderer Beziehung sehr dunkel ist. — Auf die L. 63 §. 10. D. pro socio (17. 2) wird man sich nicht mit Sicherheit berufen können. Zwar wird hier die publicatio der Sache, auf welche die Societät sich bezieht, dem Untergang und der Consecration derselben gleichgestellt; von den Leistungen, zu welchen die socii sich gegenseitig verpflichtet haben, und dem Einfluß, welchen die erwähnten Ereignisse auf diese Verpflichtungen haben, ist aber in der L. 63 cit. nicht die Rede. Die als Folge der publicatio bezeichnete Aufhebung des Societätsverhältnisses erklärt sich schon daraus, daß durch die publicatio ebenso, wie durch den Untergang der Sache, die Erreichung des Societätszwecks bleibend vereitelt wird.

2) Vergl. L. 22 §. 5. D. mandati (17. 1). Dieser Stelle zufolge kann sogar derjenige, dessen Güter confiscirt sind, dieselben durch Vermittelung eines

Ein fernerer Fall der unfreiwilligen Veräußerung, welcher wiederholt erwähnt wird, kommt vor bei Sachen, welche im Miteigenthum Mehrerer stehen. Hat ein Miteigenthümer seinen Theil verkauft, so kann das Recht an diesem Theile ihm dadurch entzogen werden, daß vor der Erfüllung der Obligation eine Theilungsklage gegen ihn erhoben und die Sache dem Kläger adjudicirt wird. In mehreren Stellen ist es anerkannt, daß der Verkäufer dadurch seiner Verbindlichkeit, den verkauften Theil zu liefern, enthoben wird, insofern ihm nur kein Verschulden zur Last fällt. [3]) Diese Entscheidung ist auch keineswegs auf den Kaufcontract zu beschränken; sie gilt eben sowohl bei anderen Obligationen, welche auf Uebertragung bestimmter Sachen gerichtet sind, so z. B. wenn Jemand im Auftrage eines Andern den Theil einer Sache gekauft hat und vor der Ablieferung auf die gedachte Weise das Recht an diesem Theil verliert. [4])

Die angeführten Zeugnisse dürften die Ueberzeugung begründen, daß auch der Verlust des zur Vornahme der Sachleistung nöthigen

---

Mandatars sogleich wieder kaufen; darin liegt aber der entscheidendste Beweis, daß der Rechtsverlust in diesem Fall keine objective Unmöglichkeit begründet.

3) L. 13 §. 17. D. de act. empti (19. 1). L. 7 §. 13. D. comm. div. (10. 3). Es versteht sich von selbst, daß der Käufer die von dem Miteigenthümer für den ihm adjudicirten Theil gezahlte Summe bekommt (s. §. 4 Note 13). Daß der Käufer, wenn die ganze Sache dem Verkäufer adjudicirt worden, berechtigt und verpflichtet ist, gegen Erstattung der vom Verkäufer an den Miteigenthümer gezahlten Summe die ganze Sache zu übernehmen, so wie im Fall einer Realtheilung den dem Verkäufer adjudicirten realen Theil, erklärt sich gleichfalls daraus, daß mit der Perfection des Kaufcontracts das periculum und commodum auf den Käufer übergeht, und daß hiernach Alles möglichst in die Lage gebracht werden muß, als wenn die Obligation sogleich nach ihrer Perfection erfüllt wäre.

4) L. 7 §. 13. D. comm. div. (10. 3): „— — Haec eadem et in mandato ceterisque hujus generis judiciis servantur." Vergl. auch L. 78 §. 4. D. de jure dot. (23. 3). — Unter den: „hujus generis judiciis" sind allerdings die stricti juris judicia nicht mitbefaßt. Daraus folgt aber nicht, daß der im Text aufgestellte Satz auf diese keine Anwendung leidet; nur die sonstigen Grundsätze, welche sich daraus ergeben, daß Beides, periculum und commodum, mit der Perfection der Obligation auf den Gläubiger übergeht, gelten nicht in diesem Umfange für die stricti juris judicia. — So hat z. B. bei der Stipulation der Schuldner ohne Zweifel auch dann, wenn ihm die ganze Sache adjudicirt wird, nur den versprochenen Theil zu leisten, und kann nicht die Uebernahme der anderen Theile vom Gläubiger verlangen.

Rechts dem Schuldner als Unmöglichkeit angerechnet wird. Wir werden dies nicht nur bei unfreiwilligen, sondern auch bei freiwilligen Veräußerungen annehmen müssen. Dafür sprechen dieselben inneren Gründe, welche oben (S. 31) bei Beantwortung einer verwandten Frage geltend gemacht sind.[5] — Doch ist auf einen Unterschied zwischen den unfreiwilligen und den freiwilligen Veräußerungen aufmerksam zu machen. — Bei den letzteren wird, wenn gleich nicht immer, so doch regelmäßig der Verlust des Rechts mit dem Verlust der factischen Disposition zusammentreffen. So kann z. B. der Verkauf der zu leistenden Sache nicht schon für sich als Grund einer Unmöglichkeit in Betracht kommen, weil er keinen Einfluß, weder auf das factische Verhältniß des Schuldners zur Sache, noch auf das Recht desselben an der Sache hat; es muß hier die Tradition hinzukommen, durch welche der Schuldner dann zugleich auch die factische Disposition über die Sache verliert. Anders ist dies bei den unfreiwilligen Veräußerungen, so z. B. bei der adjudicatio; diese entzieht dem Schuldner das Recht, auch wenn in den factischen Verhältnissen nicht sogleich eine Aenderung eintritt.

Gegen das Resultat, welches wir im Obigen gewonnen, können diejenigen Stellen nicht angeführt werden, aus welchen hervorgeht, daß die Veräußerung der vermachten Sache durch den Testator nur dann das Vermächtniß aufhebt, wenn sie animo adimendi vorgenommen ist,[6] während allerdings ein Anderes gilt, wenn der Testator durch seine freie Handlung eine objective Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat.[7] Dies erklärt sich daraus, daß das Testament, wenn es auch factisch in einer früheren Zeit abgefaßt ist, doch juristisch

5) Eine entschiedene Bestätigung dieses Satzes findet sich, so viel mir bekannt, in den Quellen nicht, namentlich auch nicht in der L. 1 §. 47. D. depos. (16. 3). Von einem Verlust des Rechts kann hier nicht die Rede sein, weil der Verkäufer der deponirten Sache kein Recht an derselben hatte, welches er hätte auf einen Andern übertragen und dadurch verlieren können. Einige Unterstützung findet jedoch die oben aufgestellte Ansicht in der gedachten Stelle. Denn wenn in dem daselbst referirten Fall eine Unmöglichkeit angenommen wird, so dürfte eine solche doch gewiß eben sowohl in dem Fall anzunehmen sein, wenn das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß durch einen Verkauf herbeigeführt ist, der zugleich einen Verlust des Rechts zur Folge gehabt hat.

6) Vergl. z. B. §. 12. I. de leg. (2. 20). L. 11 §. 12. D. de leg. 3 (32).

7) Vergl. z. B. L. 27 §. 1. D. de adim. leg. (34. 4). Uebrigens wird unter Umständen auch in einem solchen Fall das Vermächtniß aufrecht erhalten. Ist z. B. eine Forderung vermacht, so wird durch Eincassiren derselben der Gegen-

als der zur Zeit des Todes vorhandene Wille des Testators betrachtet wird.[8]) Legt man aber den letzten Zeitpunkt zu Grunde, so ergiebt es sich von selbst, daß man zwischen der objectiven und der durch eine Veräußerung herbeigeführten subjectiven Unmöglichkeit einen Unterschied machen muß. Hat der Testator durch die Veräußerung nicht das Vermächtniß aufheben wollen, so ist es so anzusehen, wie wenn er eine fremde Sache vermacht hat, und dieses Vermächtniß ist, wenn der Testator wußte, daß die Sache eine fremde sei, immer gültig.

Eher könnte eine andere Stelle Zweifel gegen die Richtigkeit der von uns aufgestellten Ansicht erregen: [9])

L. 53 §. 4. D. *de leg.* **1 (30). Ulp. l. 25 ad Sabin.**

„**Sed si [heres hominem legatum] noxae dedit, an teneatur,** *quia potest redimere?* **et puto teneri.**“

Die Worte: „**potest redimere**“ können wir darauf beziehen, daß in dem zur Frage stehenden Fall eine Gelegenheit, den Sclaven wieder zu kaufen, für den Erben vorhanden war; wir können sie aber auch als Bezeichnung der subjectiven Unmöglichkeit überhaupt auffassen. Die letztere Erklärung verdient den Vorzug, theils wegen des Zusammenhangs des §. **4 cit.** mit dem vorhergehenden §. 3, theils auch deshalb, weil das Beispiel in so allgemeinen Umrissen aufgeführt ist, daß nicht wohl angenommen werden kann, der Jurist habe einen bestimmten Fall vor Augen gehabt. Läge nun der wahre Grund der Entscheidung darin, daß nur eine subjective Unmöglichkeit der Leistung vorhanden sei, so würde die **L. 53 cit.** allerdings in entschiedenen Widerspruch gegen die oben aufgestellte Ansicht treten. Den wahren Entscheidungsgrund haben wir aber ohne Zweifel in einem andern Umstande zu suchen. — Wenn Jemand einen Sclaven vermacht, so ist seine Absicht ohne Zweifel darauf gerichtet, daß der Vermächtnißnehmer den Sclaven so erhalte, daß er ihn auch behalten könne, also **noxa solutus.** Haftet eine **noxa** auf dem Sclaven, so ist der Erbe ver-

---

stand des Vermächtnisses aufgehoben; dessenungeachtet wird das Vermächtniß aufrecht erhalten auf Betrag der Forderung, wenn der Testator nicht adimendi animo eincassirt hat. In diesem Fall muß aber der Vermächtnißnehmer beweisen, daß der Testator nicht die Absicht gehabt habe, das Vermächtniß aufzuheben. L. 11 §. 13. D. de leg. 3 (32). L. 31 §. 3. D. de adim. leg. (34. 4).

8) Vergl. v. Savigny, System VIII. S. 447 ff.

9) Ueber die L. 21. D. de hered. vend. (18. 4), welche gleichfalls zu widersprechen scheint, s. unten §. 19 und §. 20 Note 2.

pflichtet, den Sclaven davon zu befreien. Wenn er statt dessen die **noxae deditio** vornimmt, weil die Zahlung der **litis aestimatio** einen größeren Nachtheil für ihn bewirkt hätte, so kann zwar von einer Verschuldung des Erben nicht wohl die Rede sein; nähme man aber eine Befreiung in diesem Fall an, so würde dies der Absicht des Testators widersprechen. — Die Worte: „**quia potest redimere**“ erklären sich aus dem Gegensatz gegen den Fall des §. 3 der **L. 53 cit.**; ein entscheidendes Gewicht auf diese Worte zu legen, sind wir um so weniger genöthigt, als dieselben nicht unmittelbar mit denjenigen Worten, welche die Entscheidung enthalten, in Verbindung gesetzt sind.

In dem vorigen §., wo von der subjectiven Unmöglichkeit, welche sich auf das factische Verhältniß des Schuldners zur Sache bezieht, die Rede war, mußten wir einige Bemerkungen hinzufügen; dieselben bezogen sich auf den Fall, wenn dem Schuldner außer der factischen Disposition über die Sache auch das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht fehlte. Hier haben wir es mit diesem Fall nicht zu thun. Von einem Verlust des Rechts an der Sache kann nur dann die Rede sein, wenn dem Schuldner dieses Recht zugestanden hat. War die Sache, über welche die Obligation abgeschlossen ist, eine fremde, so wird auch die unfreiwillige Veräußerung derselben von Seiten ihres Eigenthümers nicht in Betracht kommen können, insofern die Sache nicht durch diese Veräußerung, wie das namentlich bei der Expropriation häufig der Fall ist, zugleich dem Verkehr entzogen wird.

Dessenungeachtet macht der Grundsatz, daß der Mangel des zur Leistung erforderlichen Rechts nicht als Grund einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit berücksichtigt wird, auch hier eine nähere Bestimmung nöthig.

Dieselbe bezieht sich auf den Fall, wenn der Verlust des Rechts darin seinen Grund hat, daß das Recht des Schuldners schon zur Zeit der Begründung der Obligation ein mangelhaftes, widerrufliches war. — Beispiele, welche in den Quellen vorkommen, sind der von dem Erben vorgenommene Verkauf einer unter einer Bedingung vermachten Sache, wenn die Bedingung später eintritt, ferner die Vermiethung einer Sache durch den Usufructuar, wenn derselbe vor der Beendigung der Miethzeit stirbt.

In diesen Fällen gilt dasselbe, wie wenn der Schuldner von Anfang an kein Recht an der zu leistenden Sache gehabt hätte. Der Grund der verhinderten Erfüllung der Obligation liegt in der Beschaffenheit des Rechts, wie es zur Zeit der Begründung der Obligation war, und es kann keinen Unterschied machen, daß es erst später sich ergeben hat, daß das Recht des Schuldners zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung nicht hinreichte.

Der Gläubiger kann demnach, wenn die Widerruflichkeit des dem Schuldner zustehenden Rechts der Grund des späteren Rechtsverlustes und der Nichterfüllung der Obligation ist, ein Aequivalent der Leistung in Anspruch nehmen, sofern er nicht die Beschaffenheit des dem Schuldner zustehenden Rechts kannte. [10]) Kannte er diese, wie z. B. wenn der Usufructuar als solcher und nicht als Eigenthümer verpachtet hatte, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts keine Entschädigung fordern. [11]) — Der Vertrag wird übrigens, wenn der Gläubiger das rechtliche Verhältniß kennt, in welchem der Schuldner zur Sache steht, häufig so zu interpretiren sein, als ob er nur für den Fall abgeschlossen sei, daß die Widerruflichkeit des Rechts nicht demnächst einen Verlust desselben veranlassen werde. [12]) Bei Verträgen auf Gebrauchsüberlassung ist unter der

---

10) Vergl. L. 3 §§. 3. 4. i. f. C. commun. de leg. (6. 43). Nach dieser Stelle haftet der Erbe, welcher eine unter einer Bedingung vermachte Sache verkauft, dem Käufer wegen Eviction, wenn die Bedingung eintritt, insofern der Käufer mit der Widerruflichkeit des dem Erben zustehenden Rechts nicht bekannt war. — Zweifel gegen die im Text aufgestellte Ansicht könnte die L. 9. §. 1. D. locati (19. 2) erregen, indem zu Anfang der Stelle allgemein gesagt wird, der Erbe des Usufructuars, welcher das in seinem Nießbrauch befindliche Grundstück verpachtet habe und vor Ablauf der Pachtzeit gestorben sei, hafte dem Pächter nicht dafür, daß er die Sache ferner benutzen könne, eben so wenig, wie der Vermiether eines Hauses nach dem Abbrennen desselben dem Miether hafte. Dieser Ausspruch ist jedoch, wie sich aus dem fernern Inhalt der Stelle ergiebt, auf den Fall zu beschränken, daß der Usufructuar sich bei der Verpachtung als solcher kundgab (quasi usufructuarius verpachtete), daß also der Pächter die Beschaffenheit des dem Verpächter zustehenden Rechts an der Sache kannte. Es wird ausdrücklich anerkannt, daß der Erbe des Usufructuars haftet, wenn sein Erblasser quasi dominus verpachtete. Der dafür angeführte Grund: decepit enim conductorem ist nicht so zu verstehen, als ob ein dolus des Verpächters nothwendig erfordert werde. S. §. 13, Note 4.

11) L. 9. §. 1. D. locati (19. 2).

12) Eine solche Interpretation liegt der Entscheidung Justinians in L. 3. §. 4. C. commun. de leg. (6. 43) zu Grunde. Hiernach kann nämlich derjenige, welcher

gedachten Voraussetzung die Sache so anzusehen, als ob der Vertrag nur für die Dauer des Rechtes des Schuldners abgeschlossen sei.

Blicken wir jetzt zurück auf die Gränzen der Unmöglichkeit bei Leistungen individuell bestimmter Sachen, so finden wir auch die subjective Unmöglichkeit in einem erheblichen Umfange anerkannt. Nur dann wird sie als Unmöglichkeit nicht berücksichtigt, wenn sie ihren Grund darin hat, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht an der zu leistenden Sache zur Zeit der Begründung der Obligation fehlte, und daraus haben sich auch für die nachfolgende Unmöglichkeit sehr wichtige Consequenzen ergeben. Dagegen werden die factischen Hindernisse, sofern sie eine subjective Unmöglichkeit begründen, regelmäßig berücksichtigt.

Es könnte hiernach scheinen, als ob die persönlichen Klagen auf Leistung individuell bestimmter Sachen, sofern die Erfüllung nicht ein Recht in der Person des Schuldners voraussetzt, [13]) also namentlich die persönlichen Klagen auf Restitution, in Betreff der Voraussetzungen in der Person des Beklagten den dinglichen Klagen fast gleichgestellt wären. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Zwar läßt sich ein wesentlicher Unterschied darauf nicht gründen, daß die dinglichen Klagen gegen solche Personen, welche nicht in dem zur Restitution nöthigen factischen Verhältniß zur Sache stehen, nur dann angestellt werden können, wenn sie die Aufhebung dieses Verhältnisses durch ihren dolus herbeigeführt haben, während bei den Obligationen meistens

---

wissentlich eine unter einer Bedingung vermachte Sache dem Erben abgekauft hat, wenn die Bedingung eintritt, den Kaufpreis zurückfordern, aber keine Klage aus der beim Kauf abgeschlossenen stipulatio duplae erheben. — Beim Verkauf einer von Anfang an fremden Sache gilt das gerade Entgegengesetzte (vgl. L. 27. C. de evict. 8. 43); in diesem Fall ist allerdings eine derartige Interpretation des Contracts völlig ausgeschlossen. — Ebenso wird aber auch in manchen Fällen, in welchen der Schuldner nur ein widerrufliches Recht an der zu leistenden Sache hatte, die gedachte Interpretation ausgeschlossen sein, so z. B. wenn der Verlust des Rechts an die Bedingung der Veräußerung geknüpft war.

13) Wo ein Recht an der Sache zur Vornahme der Leistung erforderlich ist, treten selbstverständlich manche Gesichtspunkte hervor, welche bei dinglichen Klagen ausgeschlossen sind. Die letzteren setzen nämlich voraus, daß dem Beklagten wenigstens dasjenige Recht an der Sache, welches Gegenstand der Klage ist, nicht zusteht.

auch culpa levis in Betracht kommt. Der Hauptunterschied ist aber folgender: Bei den dinglichen Klagen gehört es zur Begründung der Klage, daß der Beklagte in dem zur Restitution nöthigen factischen Verhältniß zur Sache stehe; hier muß also der Kläger beweisen, daß das factische Verhältniß noch bestehe, oder durch dolus des Beklagten aufgehoben sei. Bei den Klagen aus Obligationen kommt dagegen die Aufhebung des factischen Verhältnisses nur als Befreiungsgrund in Betracht, während zur Begründung der Klage die Entstehung des obligatorischen Verhältnisses genügt; hier muß daher vom Beklagten bewiesen werden, daß das factische Verhältniß aufgehoben, und daß dies ohne seine Schuld geschehen sei (s. unten §. 20).

Eine Ausnahme bildet jedoch die actio ad exhibendum. Diese setzt zu ihrer Begründung voraus, daß der Schuldner die facultas exhibendi habe, und steht somit in dieser Beziehung den dinglichen Klagen gleich.

---

§. 6.

I. Sachleistungen. Alternative, generische, Geld-Leistungen.

Bei den auf individuell bestimmte Sachen gerichteten Leistungen mußte unterschieden werden, ob das der Leistung entgegenstehende Hinderniß von Anfang an vorhanden gewesen oder erst später eingetreten war. Diejenigen Bestimmungen, welche sich auf die besonderen Eigenschaften der hier zu betrachtenden Leistungen gründen, gelten gleichmäßig für die sogleich vorhandene und für die nachfolgende Unmöglichkeit.

Der Unterschied zwischen diesen Obligationen und den auf Leistung einer species gerichteten, welcher es nöthig macht, besondere Regeln aufzustellen, liegt in der Bestimmung des Gegenstandes. Die Obligation, welche auf eine individuell bestimmte Sache geht, bezieht sich ausschließlich auf die bestimmte Sache, welche auch geleistet werden muß; bei den hier in Betracht kommenden Obligationen ist der Kreis derjenigen Gegenstände, welche nach dem Inhalt der Obligation geleistet werden können, über dasjenige, was wirklich zu leisten ist, hinaus erweitert. Je weiter aber der Kreis der Gegenstände, welche möglicherweise geleistet werden können, gezogen ist, desto weniger leicht wird eine Unmöglichkeit eintreten können.

Hieraus geht hervor, daß die besonderen Bestimmungen, mit welchen wir es in diesem §. zu thun haben, sich nur auf diejenige Unmöglichkeit beziehen, welche sich auf die Verhältnisse des Gegenstandes der Obligation an sich oder auf das Verhältniß desselben zum Schuldner gründen. Für diejenige Unmöglichkeit, welche in Ereignissen ihren Grund hat, die ausschließlich die Person des Schuldners betreffen, gilt hier ganz dasselbe, wie bei den auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichteten Obligationen (S. 28).

Wenden wir uns zunächst zur alternativen Obligation, so ist eine wahre Unmöglichkeit erst dann anzunehmen, wenn rücksichtlich jeder einzelnen Leistung, auf welche die Obligation sich bezieht, eine Unmöglichkeit eingetreten ist. Ist nur die Leistung einer der alternativ versprochenen Sachen, z. B. durch Untergang derselben, unmöglich geworden, so trifft der Nachtheil immer den Schuldner, da er die andere Sache noch leisten kann. [1])

Deshalb heißt es, wer den Stichus oder Pamphilus verspreche, sei ungünstiger gestellt, als derjenige, welcher den Stichus allein verspreche, weil der letztere durch den Tod des Stichus befreit werde, der erstere aber nicht. [2])

Wann rücksichtlich der einzelnen Leistungen, auf welche die alternative Obligation gerichtet ist, eine wahre Unmöglichkeit anzunehmen ist, richtet sich nach dem Charakter dieser Leistungen. Sind dieselben auf individuell bestimmte Sachen gerichtet, so kommen in dieser Beziehung die in den vorigen §§. aufgestellten Grundsätze zur Anwendung; [3]) — sind die einzelnen Leistungen auf nur der Gattung nach bestimmte Sachen gerichtet, dann sind die dafür geltenden Bestimmungen anzuwenden. [4]) —

---

1) L. 34. §. 6. D. de contr. empt. (18. 1). L. 47 §. 3. D. de leg. 1 (30). L. 11. §. 1 de leg. 2 (31). L. 95 pr. §. 1. D. de solut. (46. 3).

2) L. 34. D. de fidej. (46. 1). Der aufgestellte Satz ist übrigens nur nach dieser Einen Seite hin richtig. In anderer Beziehung kann es allerdings vortheilhafter sein, den Stichus oder Pamphilus zu versprechen, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, und Pamphilus einen geringeren Werth hat; vgl. auch Gajus IV §. 53.

3) Vgl. z. B. L. 47. §. 3. D. de leg. 1 (30).

4) S. L. 8 §. 8. D. de fidej. (46. 1) und unten Note 13.

Ist der Gegenstand der Obligation ein genus, d. h. eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so ist eine wahre Unmöglichkeit nur dann vorhanden, wenn die Gattung, welcher der Gegenstand angehören soll, nicht existirt oder gänzlich dem Verkehr entzogen ist. Demgemäß wird die Leistung eines hippocentaurus als Beispiel einer unmöglichen Leistung angeführt. [5])

Insofern die Gattung vorhanden und nicht etwa dem Verkehr entzogen ist, wird eine Unmöglichkeit der Leistung nicht angenommen, auch wenn der Schuldner keine Sache dieser Gattung in seinem Vermögen hat, und kein Eigenthümer einer solchen Sache Willens sein sollte, ihm dieselbe zu überlassen. Die generische Obligation bezieht sich ihrer Fassung nach auch auf diejenigen Sachen der Gattung, welche dem Schuldner nicht gehören; von einer Unmöglichkeit der Leistung dieser letzteren Sachen kann aber, selbst wenn die Eigenthümer sie nicht sollten verkaufen wollen, eben so wenig die Rede sein, wie eine Unmöglichkeit der Leistung einer fremden species angenommen wird, welche der Eigenthümer nicht veräußern will.

In gleicher Weise ist auch das spätere Eintreten einer Unmöglichkeit bei der generischen Obligation ausgeschlossen. Die Gränzen der nachfolgenden Unmöglichkeit sind zwar, wie wir oben gesehen haben, bei der auf eine species gerichteten Obligation so erweitert, daß auch die subjective Unmöglichkeit in Betracht kommt. Insofern aber eine fremde species den Gegenstand einer Obligation bildet, ist es nöthig, daß auch für den Eigenthümer eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten sei. Wenden wir dies auf die generische Obligation an, so kann eine Unmöglichkeit nur dann angenommen werden, wenn kein Eigenthümer einer zu der Gattung gehörigen Sache existirt, der die zur Leistung nöthige factische Disposition über dieselbe hat. Bei dem weit gezogenen Kreise der Gegenstände, auf welche die generische Obligation sich bezieht, wird eine Unmöglichkeit auch in dieser Weise nicht wohl eintreten können. — In neueren Schriften wird die Ausschließung der Unmöglichkeit bei generischen Obligationen durch den Satz: genus perire non censetur, ausgedrückt.

Das bisher Bemerkte gilt selbstverständlich nicht nur dann, wenn die Gattung, welcher der zu leistende Gegenstand angehören soll, eine solche ist, daß den einzelnen dazu gehörigen Sachen ein individueller

---

5) §. 1 I. de inut. stip. (3. 19). L. 97 pr. D. de V. O. (45. 1).

Werth zukommt, sondern auch dann, wenn die von der Gattung befaßten Sachen „gar keinen individuellen Werth haben, so daß bei ihnen aller Werth nur durch Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt wird.“ 6) Von diesen letzteren, den sogenannten fungibeln Sachen sind die meisten Beispiele hergenommen, welche wir in den Quellen finden. —

Wer aus einem Vertrage oder Testamente fungible Sachen zu leisten hat, z. B. 10 Eimer Wein, 1 Pfund Silber, bleibt verpflichtet, wenn auch aller Wein und alles Silber, welches er in seinem Vermögen hatte, oder welches in der Erbschaft war, untergegangen ist. Eine Unmöglichkeit der Leistung kann hier nicht eintreten, weil immer Wein und Silber vorhanden sein wird, welches geleistet werden könnte. 7)

Eine wichtige Anwendung dieses Satzes kommt ferner beim Darlehn vor. Die Verpflichtung des Darlehnsschuldners bezieht sich nicht auf Restitution der ihm übergebenen fungibeln Sachen; er ist nur verpflichtet, eben so viele Sachen derselben Art zu restituiren. Da nun die Gattung nicht leicht erlischt, so kann auch eine Befreiung des Darlehnsschuldners durch Eintreten einer Unmöglichkeit nicht wohl vorkommen; insonderheit wird der Schuldner nicht von seiner Verpflichtung befreit, wenn er die hingegebenen Sachen durch einen unverschuldeten Unglücksfall verliert. 8)

Im Bisherigen haben wir nur den Fall berücksichtigt, wenn die Gattung, welcher die zu leistenden Sachen angehören sollen, nicht näher beschränkt ist. Eine solche Beschränkung der Gattung kommt jedoch nicht selten vor, so z. B. wenn 1 Pfund des Silbers, welches in der Erbschaft vorhanden ist, vermacht, oder eines der dem Schuldner

---

6) v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 400, der diese Sachen Quantitäten nennt. — Gegen diesen Ausdruck scheint mir zu sprechen, daß er auf eine Mehrheit von Sachen hindeutet, während dies zum Begriff dieser Sachen nicht nothwendig gehört.

7) L. 30 §§. 3. 5. D. ad l. Falcid. (35. 2) fr. Vat. §. 16.

8) L. 1 §. 4 init. D. de O. et A. (44. 7) §. 2. I. quib. mod. re (3. 14). Die Römer sagen deshalb, der Schuldner trage beim mutuum das periculum. L. 9 §. 9. D. de reb. cred. (12. 1). — Ebenso, wie der Darlehnsschuldner, trägt der Ehemann das periculum, wenn ihm fungible Sachen als dos hingegeben sind, indem angenommen wird, daß er in diesem Fall nicht dieselben Objecte, sondern eine gleiche Quantität von Sachen derselben Gattung zu restituiren habe. L. 42. D. de jure dot. (23. 3). — Wenn in L. 66 pr. D. sol. matr. (24. 3) nur der pecunia numerata Erwähnung geschieht, so beruht dies auf einer Ungenauigkeit des Ausdrucks.

gehörigen Pferde versprochen ist. Hier kann selbstverständlich eine Unmöglichkeit der Leistung eintreten; nur gehört allerdings dazu, daß rücksichtlich jedes einzelnen Gegenstandes, auf welchen die Obligation sich bezieht, eine Unmöglichkeit vorliege. [9])

Endlich können Sachen, welche im Allgemeinen als fungibel betrachtet werden, auch als individuell bestimmte Sachen zum Gegenstande einer Obligation gemacht werden. Die Obligation ist dann von einer gewöhnlichen **obligatio speciei** rechtlich nicht verschieden, [10]) und eben deshalb sind in diesem Fall die für Leistungen individuell bestimmter Sachen geltenden Grundsätze anzuwenden. [11])

Unter den fungibeln Sachen ist das Geld von besonderer Wichtigkeit. — Daß hier dieselben Grundsätze, wie bei den sonstigen fungibeln Sachen gelten, wird in verschiedenen Anwendungen anerkannt.

Es wird nicht berücksichtigt, wenn der Schuldner wegen Insolvenz und Creditlosigkeit außer Stande ist, die Geldsumme, zu deren Leistung er sich verpflichtet hat, zu zahlen. Der Umstand, daß der Schuldner kein Geld zur Befriedigung seines Gläubigers besitzt, giebt ihm nicht einmal das Recht, einen Aufschub für die Zahlung zu verlangen, bis es ihm gelungen sei, das Geld zusammenzubringen. [12]) Ebenso können auch Unglücksfälle, wodurch das Vermögen des Schuldners vermindert wird, denselben von seiner Verpflichtung zur Geldleistung nicht befreien, weil Geld, was geleistet werden kann, immer da ist, wenn auch der Schuldner keines haben sollte. Deshalb heißt es: „**incendium aere alieno non exuit debitorem.**“ [13]) —

---

9) L. 8 §. 2. D. de leg. 2 (31.) L. 30 §. 5. D. ad L. Falcid. (35. 2). L. 72 §. 4. D. de solut. (46. 3) in den Worten: „fingamus cet.“ — In manchen Fällen wird, auch ohne daß dies ausdrücklich abgemacht ist, aus den Umständen hervorgehen, daß die Gattung, welcher der zu leistende Gegenstand angehören soll, als eine beschränkte anzusehen ist. So wird man, wenn ein Landmann nach der Erndte 100 Tonnen Korn nach einer von dem geerndteten Korn genommenen Probe verkauft, als den wahren Gegenstand des Vertrags 100 Tonnen des von dem Verkäufer geerndteten Korns ansehen müssen, wenn der Käufer die hier angeführten Verhältnisse kannte.

10) L. 75 §. 5. D. de V. O. (45. 1). L. 30 §. 6. L. 47 §. 1. D. de leg. 1 (30).

11) L. 30 §. 4. D. ad leg. Falcid. (35. 2).

12) L. 137 §. 4. D. de V. O. (45. 1).

13) L. 11. C. si certum pet. (4. 2). Anwendungen dieses Satzes finden sich in

Die Verurtheilung geht immer auf die schuldige Geldsumme, ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Schuldners. Nur in einigen Ausnahmsfällen findet die Verurtheilung bloß bis zum Belauf des Vermögens des Schuldners Statt, in id, quod debitor facere potest. Diese Ausnahmen bestätigen aber die Regel.

Vorausgesetzt ist im Obigen, daß die Schuld eine wahre Geldschuld ist. — Ist dies der Fall, so ist eine Befreiung des Schuldners durch das Eintreten einer Unmöglichkeit immer ausgeschlossen; selbst dann, wenn eine bestimmte Zahl von Münzen einer bestimmten Gattung, z. B. 100 Thaler in Thalerstücken, versprochen ist. Wenn auch zur Zeit der Erfüllung kein Thalerstück existiren sollte, so würde doch der Schuldner nicht befreit sein; im Zweifel wird es so angesehen, als ob der Geldwerth der eigentliche Gegenstand der Obligation ist, die Verabredung wegen der Münzsorte aber ein Nebenvertrag, so daß durch ein Aufhören der Münzsorte nur die Erfüllung des Nebenvertrages unmöglich wird, nicht aber die Erfüllung der Hauptobligation. — Anders würde es sein, wenn die Geldstücke nicht als Repräsentanten des Geldwerths, sondern als Waare zum Gegenstand der Obligation gemacht wären; hier kann durch Aufhören der Geldsorte eine völlige Unmöglichkeit der Leistung eintreten. 14)

Es kann aber auch vorkommen, daß das Geld gar nicht als fungible Sache zum Gegenstande der Obligation gemacht ist, daß die Obligation vielmehr auf bestimmte Münzindividuen gerichtet ist. Daß dann ganz dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie bei der obligatio speciei, versteht sich von selbst. — In den Quellen werden verschiedene Beispiele derartiger Obligationen erwähnt.

Ein solches Beispiel bildet das Depositum von Geld, insofern der Schuldner eben dieselben Münzen zurückzugeben verpflichtet ist.

L. 73 pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2). L. 10 pr. D. de jure dot. (23. 3) 2c. Von besonderer Wichtigkeit ist die Anwendung auf das Darlehen, deren oben bereits gedacht ist; s. Note 8. Eine andere Anerkennung des erwähnten Satzes findet sich noch in L. 8 §. 8 i. f. D. de fidej. (46. 1). Wer 10 oder den Stichus versprochen hat, ist, insofern ihm das Wahlrecht zusteht (was die Regel bildet), nicht strenger verpflichtet, als derjenige, welcher nur 10 versprochen hat. Da die auf 10 gehende Leistung nicht unmöglich werden kann, so kann die Hinzufügung des Stichus nicht den Einfluß haben, daß dadurch das Eintreten einer Befreiung des Schuldners durch Unmöglichkeit der Leistung, erschwert werde.

14) Vgl. über die hier in Betracht kommenden Fragen besonders v. Savigny, Obligationenrecht I §§. 40 ff.

Wer für einen Anderen Geld gehoben hat, hat im Zweifel eben dieses gehobene Geld wieder auszukehren. Geht dies Geld unter, so entsteht eine wahre Unmöglichkeit der Erfüllung; der Schuldner ist also von seiner Verpflichtung zur Zahlung befreit, wenn er ohne seine Schuld die Disposition über das Geld verloren hat. 15)

In beiden Fällen nimmt die Schuld, wenn der Debitor das Geld selbst consumirt hat, oder dasselbe durch sein Verschulden verloren geht, den Charakter einer wahren Geldschuld an.

Ein in den Quellen häufig angeführtes Beispiel ist endlich die **promissio** oder das Vermächtniß von Münzen, welche sich in einem bestimmten Behältniß befinden. Hier sind eben die bestimmten einzelnen Münzen, welche in dem Behältniß liegen, Gegenstand der Obligation. 16) Sind keine Münzen, auf welche die Bestimmung paßt, vorhanden, dann ist die Leistung, weil der Gegenstand derselben nicht existirt, unmöglich. 17) Ebenso entsteht hier durch den Untergang der Münzen eine wahre Unmöglichkeit der Leistung. 18) Doch kommt es freilich darauf an, ob nicht die beigefügte Bezeichnung: **qui in arca sunt**, nur den Zweck hat, daß danach die Quantität bestimmt werden soll, während es auf die einzelnen **corpora nummorum** nicht ankommt. Ist dies der Fall, so kann allerdings der nach Begründung der Obligation erfolgte Untergang der in der **arca** befindlichen Münzen eine Unmöglichkeit der Leistung nicht herbeiführen. 19)

Die dargestellten Regeln, welche sich auf die besondere Eigenthümlichkeit der erwähnten Obligationen gründen, haben ihre Bedeu-

---

15) L. 3. D. de hered. vend. (18. 4). In manchen Fällen wird übrigens den Schuldner ein indirectes Verschulden treffen, z. B. wenn er in Gemäßheit des obligatorischen Verhältnisses, in welchem er stand, das gehobene Geld, statt es zur Seite zu legen, zur Abtragung von Schulden hätte benutzen oder zinsbar anlegen sollen, so daß also ohne seine Nachlässigkeit eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten wäre, L. 13. D. de negot. gest. (3. 5).

16) L. 30 §. 6. L. 34 §. 4. L. 51. D. de leg. 1 (30).

17) L. 108 §. 10. D. de leg. 1 (30). L. 1 §. 7. D. de dote praeleg. (33. 4).

18) L. 37. D. de V. O. (45. 1). L. 30 §. 4. D. ad leg. Falcid. (35. 2).

19) So dürfte sich wohl die Entscheidung in L. 108 §. 10 i. f. D. de leg. 1 (30) mit den in der vorigen Note citirten Stellen vereinigen lassen. — Sonst wird nichts Anderes übrig bleiben, als mit der Glosse, der Cujacius ad Africanum tract. V. beistimmt, in L. 108 cit. einen Fall der culpa zu subintelligiren.

tung nur für so lange, als die Unbestimmtheit der Leistung nicht gehoben ist.

Diese Unbestimmtheit der Leistung wird in vielen Fällen erst durch die Leistung selbst gehoben werden, also erst in dem Augenblick, in welchem die Obligation selbst aufhört zu existiren; doch kann dies auch früher geschehen dadurch, daß von den Gegenständen, welche nach dem Inhalt der Obligation geleistet werden können, einer als der zu leistende auf eine die Parteien bindende Weise ausgeschieden wird.[20])

So wie die Unbestimmtheit gehoben, die Obligation mithin auf ein bestimmtes Object fixirt ist, gelten ganz dieselben Grundsätze, wie bei den auf individuell bestimmte Sachen gerichteten Obligationen.[21])

Von Manchen wird auch der Mora des Gläubigers die Wirkung beigelegt, daß durch sie die Obligation auf ein bestimmtes Object fixirt werde. Dies könnte jedenfalls nur für die Frage, ob im einzelnen Fall eine Unmöglichkeit anzunehmen sei, gelten, indem der Schuldner durch die Oblation keineswegs gebunden ist, den offerirten Gegenstand zu leisten. In der That ist aber selbst in der angegebenen beschränkteren Weise eine Specialisirung des Gegenstandes der Obligation nicht anzunehmen. Die Wirkungen der Mora, welche die erwähnte Ansicht veranlaßt haben, erklären sich einfach aus der Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner den durch die verweigerte Annahme der Leistung verursachten Schaden zu ersetzen (s. unten §. 25 a. E.).

---

§. 7.

II. Leistungen, welche in einem Thun bestehen.

Die Regeln, welche für die Sachleistungen gelten, leiden zum Theil auch auf die Leistungen, welche in einem Thun bestehen, Anwendung; theils treten hier eigenthümliche Grundsätze ein.

Die Anwendbarkeit der für Sachleistungen geltenden Regeln kann auf einem zwiefachen Grunde beruhen, nämlich entweder auf dem Charakter der Regeln, indem dieselben zu ihrer Anwendung keine bestimmte

---

20) S. namentlich Thöl, Handelsrecht I. §. 74. Dafür, daß die Ausscheidung auf eine bindende Weise geschehen muß, sprechen besonders die in der folgenden Note citirten Stellen.

21) L. 84 §. 9. D. de leg. 1 (30). L. 11 §. 1. D. de leg. 2 (31).

Art von Leistungen voraussetzen,[1]) oder auf der Beschaffenheit des im einzelnen Fall zur Frage stehenden **facere**, indem dieses eine Sachleistung zu seiner Voraussetzung hat. — Anwendungen von dem Letzteren werden später vorkommen.

Zu den Regeln, welche eben so sehr für die in einem Thun bestehenden Leistungen, wie für die Sachleistungen gelten, gehört die Bestimmung, daß Hindernisse, welche dem Schuldner nicht nur die persönliche Vornahme der Handlung, sondern auch die Bestellung eines Vertreters unmöglich machen, berücksichtigt werden.

Ferner gehört hierher auch die Regel, daß bei alternativen und generischen Obligationen eine Unmöglichkeit nicht anzunehmen ist, so lange noch eine der Leistungen, auf welche die Obligation sich bezieht, möglich ist. — Generische Obligationen auf ein Thun werden freilich seltener vorkommen. Ein Beispiel ist das Versprechen von **operae**, insofern die Tage, an welchen die **operae** geleistet werden sollen, nicht bestimmt sind,[2]) oder die Person, welche die **operae** leisten soll, unbestimmt gelassen ist.[3]) Im letzten Fall gilt auch hier der Grundsatz: **genus non perit**; ein Mensch, der die **operae** leisten kann, wird immer vorhanden sein, wenn es auch dem Schuldner nicht gelingen sollte, einen solchen zur Leistung der versprochenen **operae** zu miethen. — Sind die **operae** eines bestimmten Menschen (des Schuldners) Gegenstand der Obligation, die Zeit, zu welcher die **operae** geleistet werden sollen, ist aber nicht bestimmt, so ist eine völlige Unmöglichkeit der Leistung nicht schon dann vorhanden, wenn der Schuldner eine Zeitlang durch Krankheit oder andere Umstände außer Stand gesetzt ist, die versprochenen **operae** zu leisten, wohl aber, wenn er stirbt.

---

1) Hätten wir den Stoff in streng logischer Weise anordnen wollen, so hätten wir diese Regeln, welche eine allgemeine Geltung für alle Leistungen haben, zuerst behandeln müssen, ehe wir zu den einzelnen Arten der Leistungen übergingen. Dies ist nicht geschehen, theils weil diese Regeln zu vereinzelt dastehen, theils weil sie, wenn sie auch vorangestellt wären, dann doch wieder in ihrer speciellen Anwendung auf die einzelnen Arten der Leistungen, namentlich auf die Sachleistungen, und in ihrem Zusammenhang mit den sonst für die Sachleistungen geltenden Regeln hätten erörtert werden müssen.

2) Die zum Gegenstand der Obligation gemachten Arbeitstage eines bestimmten Menschen können außerdem, weil sie regelmäßig unter sich einen gleichen Werth haben, mit fungiblen Sachen verglichen werden; L. 54 §. 1. D. de V. O.; doch steht dies zu dem Obigen in keiner unmittelbaren Beziehung.

3) So z. B. wenn Jemand einen Tagelöhner, schlechthin oder zu einem bestimmten Werk zu stellen verspricht.

Alsdann ist nämlich in Ansehung der ganzen Gattung der **operae**, auf welche die Obligation sich bezieht, eine Unmöglichkeit eingetreten.

Das Thun, welches den Gegenstand einer Obligation bildet, kann nicht in der rein innerlichen Thätigkeit des Schuldners bestehen. Es muß, um für den Gläubiger einen Vermögenswerth haben zu können, sich äußerlich manifestiren, und dazu bedarf es der Beziehung auf einen Gegenstand, welcher häufig, wenn gleich nicht nothwendig, eine Sache sein wird. [4])

Das Thun kann ferner ein solches sein, welches der Schuldner allein vorzunehmen im Stande ist, oder es kann die Mitwirkung anderer Personen voraussetzen, und letzteres wieder in sehr verschiedener Weise. [5]) In vielen Fällen werden menschliche Kräfte allein nicht genügen; es wird neben diesen die Benutzung äußerer Gegenstände, Werkzeuge u. s. w. als Mittel zur Ausführung des Thuns erforderlich sein.

Von den Hindernissen, welche sich auf die Person und die Kräfte des Schuldners unmittelbar beziehen, wird im folgenden §. die Rede sein. Hier betrachten wir zunächst die anderen im Obigen erwähnten Voraussetzungen, welche die Vornahme der in einem Thun bestehenden Leistungen bedingen können.

Da diese Voraussetzungen sehr häufig in Sachleistungen oder doch in dem Vorhandensein von Sachen, auf welche sich das Thun beziehen soll, bestehen, so finden wir hier ein weites Feld für die unmittelbare und analoge Anwendung der für Sachleistungen geltenden Regeln.

---

4) Das Obige bezieht sich nur auf solche Leistungen, welche in einem positiven Thun bestehen. Ist eine Unterlassung Gegenstand der Obligation, so kann selbstverständlich nicht davon die Rede sein, daß dieselbe sich äußerlich manifestiren müsse; das Thun, welches unterlassen werden soll, muß aber die im Text angegebene Beschaffenheit haben. Bei den Obligationen auf Unterlassungen wird übrigens eine Unmöglichkeit der Leistung, welche einen Zwang zu dem der Obligation entgegenstehenden Thun voraussetzen würde, nicht leicht eintreten können.

5) Wenn A. für den B. eine Sache des C. zu kaufen, oder wenn er für ihn ein Haus zu bauen übernimmt, so ist in beiden Fällen eine Mitwirkung anderer Personen nöthig; die Mitwirkung des C. ist aber wesentlich verschieden von der Mitwirkung der Arbeiter, deren A. zu dem Bau des Hauses bedarf.

Demgemäß liegt eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn der Gegenstand, auf welchen sich das Thun beziehen, oder welcher als Mittel zur Ausführung desselben dienen soll, nicht existirt, insofern er als ein bereits vorhandener von den Contrahenten vorausgesetzt wurde. Wenn der Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, wird dieser Grund der Unmöglichkeit freilich nicht leicht eintreten, und deshalb bei dem Fehlen von Gegenständen, welche als Mittel zur Ausführung des Thuns zu benutzen sind, meistens ausgeschlossen sein; doch kommt auch hier eine individuelle Bestimmung des Gegenstandes manchmal vor, so z. B. wenn der Transport von Waaren in einem bestimmten Schiff, die Bearbeitung von Sachen auf einer bestimmten Maschine verdungen ist.

Damit jedoch eine Unmöglichkeit der Leistung eintrete, ist es nicht immer nöthig, daß das Nichteintreten der Voraussetzung, ohne welche das Thun nicht erfolgen kann, unmöglich geworden sei; unter Umständen kann schon das Nichteintreten der Voraussetzung für sich eine wahre Unmöglichkeit der Leistung bewirken. Um zu beurtheilen, wann dies anzunehmen ist, muß in jedem einzelnen Fall untersucht werden, ob nach dem Inhalt der Obligation dem Schuldner oder dem Gläubiger die Verpflichtung obliegt, das Eintreten der Voraussetzung zu bewirken, oder ob vielleicht von keinem der Contrahenten eine solche Verpflichtung übernommen ist, wie das z. B. nicht selten dann der Fall sein wird, wenn zur Vornahme der Leistung die Mitwirkung einer dritten Person erforderlich ist. Ist nämlich der Schuldner verpflichtet, das Eintreten der Voraussetzung zu bewirken, so wird das Thun, welches den Gegenstand der Obligation bildet, nicht schon dann als unmöglich angesehen, wenn die Voraussetzung desselben nicht eintritt, sondern nur dann, wenn das Eintreten derselben unmöglich geworden ist. Liegt dem Schuldner eine solche Verpflichtung nicht ob, so ist eine Unmöglichkeit der Leistung immer anzunehmen, wenn die Voraussetzung, ohne deren Eintreten die Leistung nicht erfolgen kann, nicht eintritt. 6) Die Entscheidung der Frage, ob das Nichteintreten der Vor-

---

6) Ob diese Unmöglichkeit den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, ist eine andere Frage, deren Beantwortung davon abhängt, ob dem Schuldner das Nichteintreten der Voraussetzung zur Schuld zuzurechnen ist. Eine solche Zurechnung zur Schuld kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Schuldner in Ansehung der Voraussetzung, deren Wegfall die Leistung unmöglich gemacht hat, keine Verpflichtung übernommen hatte; so z. B. wenn derjenige, welcher den

aussetzung auf einer Unmöglichkeit beruht, hat hier nur insofern Bedeutung, als es sich um die Verpflichtung des Gläubigers zur Entschädigung handelt. Hat nämlich der Gläubiger die Verpflichtung übernommen, das Eintreten der Voraussetzung für das Thun des Schuldners zu bewirken, so ist er, sofern durch das Nichteintreten der Voraussetzung und die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung dem Schuldner ein Schaden entstanden, z. B. der Erwerb des Rechts auf die Gegenleistung abgeschnitten ist, immer verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, wenn das Eintreten der Voraussetzung nicht als unmöglich betrachtet werden kann; während im Fall einer Unmöglichkeit die Beantwortung dieser Frage davon abhängt, ob dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt oder nicht.

Um die aufgestellten Grundsätze anschaulicher zu machen, wollen wir einige der am häufigsten vorkommenden Leistungen, welche in einem Thun bestehen, näher in's Auge fassen. Dabei kann jedoch, wenn die nöthige Anschaulichkeit gewonnen werden soll, nicht wohl alles dasjenige, was sich auf die praktische Behandlung der Unmöglichkeit bezieht, ausgeschieden werden.

Wir betrachten zuerst den Fall, wenn das Thun, auf welches die Obligation gerichtet ist, in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts besteht. — Als Beispiele mögen dienen die Verpflichtung, Jemanden von der Forderung eines Dritten zu befreien und die Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufcontracts für den Gläubiger.

Eine nothwendige Voraussetzung der Liberation ist, daß die Forderung existirt, deren Aufhebung den Gegenstand der Obligation bildet; ist diese nicht vorhanden, so liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor. [7]) — Eine fernere Voraussetzung ist, daß derjenige, welcher die Liberation übernommen hat, falls der Gläubiger nicht anders liberiren will, die Leistung beschaffen könne. Hierfür hat der Schuldner immer einzustehen, das Versprechen der Befreiung würde sonst gar keine Bedeutung haben. Es wird also die versprochene Liberation nicht als unmöglich angesehen, wenn dem Schuldner die Sache, deren Leistung zur Befreiung nöthig ist, nicht gehört und der Eigenthümer sie nicht verkaufen will. Kann der Gegenstand der Forderung überhaupt nicht geleistet werden, z. B. weil er untergegangen ist, so ist entweder die Obli-

---

Auftrag übernommen hat, eine Sache für einen Andern zu kaufen, den Eigenthümer veranlaßt, die Sache gar nicht oder an einen Dritten zu verkaufen.

7) Vergl. L. 7 §. 4. D. de lib. leg. (34. 3).

gation zugleich erloschen und damit eine wahre Unmöglichkeit eingetreten, oder die Obligation geht jetzt auf Leistung eines Geldäquivalents, in Betreff dessen von einer Unmöglichkeit nicht die Rede sein kann.

Das Hinderniß der Befreiung kann endlich darin liegen, daß der Gläubiger die Leistung nicht annehmen will, indem in vielen Fällen ohne Mitwirkung des Gläubigers eine Befreiung nicht bewirkt werden kann. Das Eintreten der Voraussetzung ist in diesem Fall nicht unmöglich; ob die versprochene Leistung als unmöglich zu betrachten ist, hängt also davon ab, ob es dem Schuldner nach dem Inhalte der Obligation obliegt, für die Mitwirkung des Gläubigers einzustehen oder nicht. Im ersten Fall bleibt der Schuldner verpflichtet, denjenigen, den er von der Schuld befreien soll, von den Ansprüchen seines Gläubigers frei zu halten. Im zweiten Fall dagegen ist die Leistung als unmöglich anzusehen, weil die Voraussetzung derselben nicht eingetreten ist. — Ersteres ist z. B. anzunehmen, wenn die Absicht der Parteien (oder bei Vermächtnissen des Erblassers) auf eine Uebernahme der Schuld von Seiten des zur Befreiung Verpflichteten gerichtet war, oder wenn es sich um die Befreiung von einer für den Verpflichteten übernommenen Schuld handelt.[8]) Letzteres wird in der Regel dann gelten, wenn der Verpflichtungsgrund in der Uebernahme eines gewöhnlichen Mandats liegt.

Die Vornahme eines Kaufcontracts setzt voraus: erstens, daß der Eigenthümer verkaufen könne, zweitens, daß er auch verkaufen wolle, überhaupt, oder, falls ein bestimmter Preis nicht überschritten werden darf, zu diesem Preise.

Die erste Voraussetzung wird, wenn die zu kaufende Sache nur ihrem Gattungsbegriff nach bestimmt ist, immer vorhanden sein. — Anders wenn der zu kaufende Gegenstand eine species ist. Kann hier die Sache überhaupt nicht verkauft werden, z. B. weil sie nicht mehr existirt, so ist unzweifelhaft die in der Vornahme des Rechtsgeschäfts bestehende Leistung unmöglich. Der Umstand, daß dem Eigenthümer die zur Tradition nöthige Disposition über die Sache fehlt, macht die Abschließung des Contracts nicht unmöglich; es wird sich hier aber freilich fragen, ob die Verpflichtung des Schuld-

8) Beispiele bilden z. B. das Vermächtniß der Befreiung von einer Schuld, wo im Zweifel die Absicht des Testators auf Uebernahme der Schuld durch den Erben gerichtet ist; ferner der Fall der L. 45 §. 3. D. mandati (17. 1).

ners bloß auf die Abschließung des Contracts oder nicht zugleich auf die Erlangung der Sache in Folge des Contracts ging.

Will der Berechtigte nicht verkaufen, so gilt dasselbe, wie für das vorige Beispiel. Die Mitwirkung des Berechtigten ist durchaus möglich; es fragt sich aber, ob dem Schuldner die Verpflichtung obliegt, diese Mitwirkung zu präſtiren. Ist nach dem Inhalt der Obligation eine solche Verpflichtung anzunehmen, so kann eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anerkannt werden.[9] Ist das nicht der Fall, so ist die Leistung als unmöglich zu betrachten. Das Letztere bildet hier die Regel. Eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufcontracts wird nicht leicht anders, als durch Mandat entstehen; der Mandatar verspricht aber im Zweifel nur die eigene Handlung, nicht zugleich auch eine fremde Handlung zu präſtiren.[10]

Ein fernerer, besonders wichtiger Fall ist der, wenn eine Arbeit (opus oder operae) Gegenstand der Obligation ist.

Die Vornahme der Arbeit setzt einen Gegenstand voraus, welcher bearbeitet oder zur Arbeit als Material verwendet werden soll. Häufig werden überdies als Mittel zur Ausführung der Arbeit andere Sachen, z. B. Handwerksgeräth, so wie die Mitwirkung anderer Personen außer dem Schuldner erforderlich sein.

Hat der Arbeitsherr nach dem Inhalt der Obligation den Gegenstand der Arbeit anzuweisen, das Material zu liefern oder die nöthigen Mitarbeiter zu stellen, so ist immer eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen, wenn der Arbeitsherr der übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt, und deshalb die Leistung nicht erfolgen kann. — Dies gilt, einerlei ob für den Arbeitsherrn eine Unmöglichkeit vor-

9) Allerdings unterscheidet sich in diesem Fall die Verpflichtung des Schuldners, der zu einem bestimmten Preis die Sache zu kaufen versprochen hat, nicht wesentlich von der Verpflichtung dessen, der die Sache verkauft hat.

10) Vergl. z. B. L. 36. D. mandati (17. 1). Im Erbrecht wird mitunter einer dem Erben vom Testator auferlegten Verpflichtung, eine Sache zu einem bestimmten Preis zu kaufen, gedacht. Hier fällt die Verpflichtung immer weg, wenn der Dritte, von dem die Sache gekauft werden soll, sie nicht verkaufen will, da die obige Bestimmung nur insofern Gültigkeit hat, als sie ein Vermächtniß zu Gunsten des Dritten enthält.

liegt, das Material zu liefern u. s. w., oder nicht. [11]) Ueberdies ist der Arbeitsherr, wenn er nicht auf eine wahre Unmöglichkeit sich berufen kann, immer verpflichtet, dem Arbeiter den Schaden zu ersetzen, welchen dieser durch die Nichterfüllung der dem Arbeitsherrn obliegenden Verpflichtung und die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung erlitten hat. [12])

Demgemäß ist der Arbeitsherr, welcher einen Tagelöhner ausdrücklich zur Bearbeitung des in einem bestimmten Gebäude lagernden Getraides angenommen hat, zur Entschädigung verpflichtet, wenn ihm zur Zeit der Abschließung des Vertrages das Eigenthum an demselben fehlte, und er es deshalb dem Arbeiter nicht zuweisen konnte, nicht aber, wenn das Getraide vorher untergegangen ist. Ist dagegen eine nähere Bestimmung über den vom Tagelöhner zu bearbeitenden Gegenstand nicht getroffen, oder ist dieser nicht individuell bestimmt, z. B. der Tagelöhner nur im Allgemeinen zur Bearbeitung von Getraide angenommen, so liegt eine Unmöglichkeit für den Arbeitsherrn nicht vor, wenn auch alle diejenigen Gegenstände, welche er dem Tagelöhner zur Bearbeitung überweisen wollte, z. B. seine sämmtlichen Getraidevorräthe, untergegangen sind. [13]) Dieselben Grundsätze sind anzuwenden,

---

11) Verzögert der Arbeitsherr nur die Lieferung, so wird der Arbeiter in der Regel sich nur auf eine zeitweilige Unmöglichkeit berufen können. Für die Frage, ob der Arbeitsherr um deswillen zur Entschädigung verpflichtet ist, gelten hier dieselben Grundsätze, wie in dem Fall, wenn die Lieferung gar nicht erfolgt; es kommt namentlich darauf an, ob die Verzögerung auf einer zeitweiligen Unmöglichkeit beruht oder nicht.

12) Falls der Arbeiter keinen Anspruch auf eine Gegenleistung hatte, wird von einem Interesse, welches über die Befreiung von der Verpflichtung hinausginge, nicht leicht die Rede sein können. — War eine Gegenleistung bedungen, so wird das Interesse des Arbeiters häufig eben in der Gegenleistung, die er im Fall der Ausführung der Arbeit zu erwarten hatte, bestehen. So wird z. B. das Interesse des Tagelöhners, welcher auf bestimmte Tage gedungen ist, wenn er nicht hat arbeiten können, weil der Arbeitsherr ihm keine Arbeit zugewiesen hat, gewöhnlich in dem bedungenen Lohn bestehen. — Bei der locatio operis wird ein solches Zusammentreffen der Höhe des Interesse mit dem Betrage der Gegenleistung weit seltener vorkommen, weil der Vortheil, welchen der Arbeiter durch die Ausführung der Arbeit erlangt hätte, regelmäßig geringer sein wird, als die bedungene Gegenleistung. Die Höhe der Gegenleistung ist aber auch hier von Bedeutung, weil sie die Grundlage für die Berechnung des Interesse bildet.

13) Unter Umständen wird jedoch in einem solchen Fall der Arbeiter es sich gefallen lassen müssen, wenn ihm eine Arbeit anderer Art, als die bedungene, zu-

wenn es sich darum handelt, ob für den Arbeitsherrn eine Unmöglichkeit vorliegt, die zur Anfertigung eines **opus** erforderlichen Materialien oder Werkzeuge zu liefern.

Zu den Voraussetzungen, ohne welche die Arbeit nicht erfolgen kann, gehört jedoch nicht bloß die Ueberweisung der zu bearbeitenden Gegenstände, des Materials, der Werkzeuge u. s. w., sondern auch, daß der Arbeiter fortwährend die zur Ausführung der Arbeit nöthige Disposition über die ihm zugewiesenen Sachen habe. In der Uebernahme der Verpflichtung zur Zuweisung der Sachen liegt regelmäßig auch die Verpflichtung, die fortgehende Benutzung derselben zu prästiren, insoweit ohne diese die Arbeit nicht vorgenommen oder vollendet werden kann. Wenn nun die Benutzung der zur Arbeit überwiesenen Gegenstände nachher durch Untergang derselben oder auf andere Weise unmöglich wird, so fragt es sich, ob eine Unmöglichkeit für den Arbeitsherrn anzunehmen ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es nämlich ab, ob er zu neuen Leistungen, also zur Anweisung neuer Arbeitsgegenstände, zur Lieferung neuer Materialien oder Werkzeuge verpflichtet ist, und, falls er dem nicht nachkommt, Entschädigung zu leisten hat. [14])

Waren die dem Arbeiter zu überweisenden Gegenstände individuell bestimmt, so liegt für den Gläubiger immer eine wahre Unmöglichkeit vor, die fernere Benutzung derselben zu gewähren. — Waren die Gegenstände nur der Gattung nach bestimmt, so hängt die Entscheidung davon ab, ob die Verpflichtung, die fernere Benutzung zu gewähren, nur eine accessorische

---

gewiesen wird, vorausgesetzt, daß dieselbe seinen Kräften eben so angemessen und nicht schwieriger ist. — Dafür spricht die Analogie der Entscheidungen in L. 9 pr. L. 60 pr. D. locati (19. 2).

14) Vorausgesetzt ist hier immer, daß die Unmöglichkeit der ferneren Benutzung der zugewiesenen Sachen nicht in der Verschuldung eines der Contrahenten ihren Grund hat. Lag z. B. der Grund darin, daß das vom Arbeitsherrn zugewiesene Material von schlechter Beschaffenheit war, so kann der Arbeiter, falls er dadurch einen Schaden erlitten hat, immer Entschädigung fordern. Er kann überdies, sofern der Contract nicht auf die bestimmten Gegenstände, deren Bearbeitung unmöglich geworden ist, sich bezieht, die Zuweisung neuer Gegenstände für die Arbeit verlangen. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn ein opus verdungen ist, da der Arbeitsherr durch Lieferung des mangelhaften Materials seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist. In dem letzten Fall kann der Arbeiter überdies eine Erweiterung der für die Vollendung des Werks bedungenen Zeit in Anspruch nehmen.

war oder nicht. Die Umstände des einzelnen Falles werden hier entscheidend sein, doch lassen sich einige Anhaltspunkte geben.

Sind die Dienste eines Arbeiters für eine gewisse Zeit gedungen, ohne specielle Bezeichnung der zu bearbeitenden Gegenstände, so ist ein Wechsel in den Gegenständen der Arbeit etwas ganz Gewöhnliches; ist die eine Arbeit beendigt, so wird eine andere zugewiesen; aber auch abgesehen davon kann der Arbeiter von der einen Arbeit zur anderen versetzt werden, ohne daß er etwas dagegen einwenden kann. Man kann demnach die Sache nicht so ansehen, als ob der Arbeitsherr hauptsächlich zur Anweisung eines einzelnen zu bearbeitenden Gegenstandes und nur accessorisch zur Gewährung der ferneren Benutzung desselben verpflichtet sei; sondern die Verpflichtung geht im Zweifel unmittelbar dahin, daß der Arbeitsherr dem Arbeiter fortwährend die nöthigen Gegenstände zur Arbeit gewähre. Es ergiebt sich daraus, daß in dem hier zur Frage stehenden Fall eine Unmöglichkeit für den Arbeitsherrn regelmäßig nicht angenommen werden kann, wenn die fernere Benutzung der zuerst überwiesenen Gegenstände unmöglich geworden ist; der Arbeitsherr muß neue Gegenstände zur Arbeit überweisen oder den Arbeiter wegen der für ihn eintretenden Unmöglichkeit der Leistung entschädigen.

Anders wird es in der Regel sein, wenn es sich um Sachen handelt, die zur Anfertigung eines verdungenen **opus** zu liefern sind. Hier findet gewöhnlich nur eine einmalige Lieferung Statt; die Verpflichtung zur Gewährung der ferneren Benutzung wird meistens nur eine accessorische sein, wie sie denn auch nicht besonders übernommen zu werden pflegt. Hat der Arbeitsherr auch die Herbeischaffung des Materials zur Arbeit ohne specielle Bezeichnung der einzelnen zu liefernden Gegenstände übernommen, so hat er im Zweifel doch nur zu der einmaligen Lieferung und der Gewährung der Benutzung der einmal gelieferten Sachen sich verpflichtet. Hier wird also eine Verpflichtung zur nochmaligen Lieferung für den Arbeitsherrn regelmäßig nicht vorliegen, sondern eine Unmöglichkeit für ihn anzunehmen sein, wenn die hingegebenen Gegenstände untergehen. [15]) Doch kann die Be-

---

15) Der Arbeiter kann also wegen der für ihn eintretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Entschädigung verlangen. Es kann sich nur fragen, wie es zu verhalten ist, wenn der Arbeitsherr in einem solchen Fall, obgleich er nicht dazu verpflichtet ist, doch zur Lieferung neuer Materialien statt der untergegangenen sich erbietet. Die Sache ist zweifelhaft; meines Erachtens wird man jedoch im Allgemeinen den Arbeiter verpflichtet halten müssen, die Arbeit aus-

schaffenheit der zu leistenden Gegenstände, wenn es nämlich solche sind, in Ansehung deren eine Ergänzung von Zeit zu Zeit einzutreten pflegt, eine andere Auffassung des Verhältnisses begründen. Dies wird seltener vorkommen, wenn es sich um die bei der Arbeit zu verwendenden Materialien handelt; dagegen häufig, wenn der Arbeitsherr die Verpflichtung übernommen hat, die zur Arbeit nöthigen Werkzeuge, z. B. das Handwerksgeräth, herzugeben.

Hat der Schuldner das zu verarbeitende Material zu liefern, für die Herbeischaffung der Mittel, welche außer seinen eigenen Kräften zur Beschaffung der Arbeit nöthig sind, zu sorgen, so ist eine Unmöglichkeit der Arbeit nur dann anzunehmen, wenn eine wahre Unmöglichkeit in Betreff des Eintretens der Voraussetzung vorhanden ist. Es wird also, falls das zu verarbeitende Material in individuell bestimmten Sachen besteht, eine Unmöglichkeit des vom Schuldner übernommenen Thuns nicht angenommen, wenn diese Sachen dem Schuldner nicht gehören, wohl aber, wenn dieselben untergegangen sind. Sind die Sachen, auf welche die Arbeit sich beziehen soll, nur der Gattung nach bestimmt, so wird nach den für solche Sachen geltenden Regeln (§. 6) von einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein können. Dies gilt sogar, wenn das opus theilweise bereits angefertigt war und nun ohne Schuld des Arbeiters zerstört wird. Die Verwendung

---

zuführen. Die Voraussetzungen für die Fortführung derselben sind nun vorhanden, und die Gründe, welche gegen die Verpflichtung des Arbeitsherrn zur Nachlieferung sprechen, treffen nicht zu, insofern es sich um die Verpflichtung des Arbeiters zur Annahme der Nachlieferung handelt. Der Arbeiter kann aber jedenfalls eine Erweiterung der bedungenen Arbeitszeit verlangen. Vorausgesetzt ist hierbei, daß die vom Arbeitsherrn zu leistenden Gegenstände nicht individuell bestimmt waren; ist letzteres der Fall, so wird es regelmäßig eines neuen Contracts bedürfen, damit der Arbeiter zur Fortführung der Arbeit mit anderem Material verpflichtet werde. — Vgl. Koch, Recht der Forderungen, III. S. 820, welcher zu demselben Resultat gelangt. Die L. 15. D. de V. O. (45. 1), auf welche Koch sich beruft, bezieht sich aber schwerlich auf einen Fall, wie er hier zur Frage steht; vgl. die folgende Note. — Es kann übrigens nicht genug hervorgehoben werden, daß immer die besonderen Umstände des concreten Falles zu berücksichtigen sind. So wird man, wenn z. B. ein geringerer Theil des verwendeten oder zur Verwendung überwiesenen Materials unbrauchbar wird, überhaupt nur ein solcher Schaden entsteht, wie er häufiger bei Anfertigung eines opus der zur Frage stehenden Art vorkommt, allerdings eine Verpflichtung des Arbeitsherrn zur Nachlieferung annehmen müssen; dies ergiebt sich auch aus den Grundsätzen, von welchen wir im Obigen ausgegangen sind.

der Sachen zur Anfertigung des opus kann, da die Leistung eines opus als untheilbar angesehen wird, nicht als eine theilweise Erfüllung der Obligation gelten; von einer theilweisen Aufhebung der Obligation durch theilweise Erfüllung kann also nicht die Rede sein. Die Verpflichtung geht nach wie vor auf Anfertigung des ganzen opus. Diese Leistung ist aber dadurch, daß die zuerst verwendeten Materialien untergegangen sind, nicht unmöglich geworden, da die Obligation nicht darauf ging, daß das opus gerade aus den bisher dazu verwendeten Sachen angefertigt werden solle. Nur in Betreff der bedungenen Zeit der Leistung kann in einem solchen Fall eine Unmöglichkeit unter Umständen anzunehmen sein. [16])

Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn es sich um die Werkzeuge u. s. w. handelt, welche bei der Arbeit benutzt werden sollen. Sind diese nicht individuell bestimmt, so kann eine Unmöglichkeit der Leistung wegen Fehlens dieser Voraussetzung nicht eintreten, dagegen unter Umständen wohl eine Unmöglichkeit in Beziehung auf die bedungene Zeit, z. B. wenn die einzige am Ort befindliche Maschiene, mittelst welcher die Arbeit hätte angefertigt werden können, unbrauchbar geworden ist.

Schließlich betrachten wir noch die häufig vorkommenden Fälle, in welchen die Obligation auf Verwaltung eines Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände und demnächstige Restitution des zur Verwaltung Uebernommenen geht. Hier gestaltet sich die Sache einfacher, als in den vorher erwähnten Fällen. Die Administration setzt allerdings die Existenz von Vermögensgegenständen, welche verwaltet werden können, und in gewissem Umfange auch eine Disposition über

16) L. 15 D. de V. O. (45. 1.) „Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum duntaxat exspectandum, quod deerat. Et verius est, ut integrum ei detur." — Es dürfte am nächsten liegen, die L. 15 cit. auf den hier erörterten Fall zu beziehen. — Die Bestimmung, daß dem Arbeiter die volle Zeit von Neuem gewährt werden soll, ist auf den Fall zu beschränken, wenn er in Folge des Unglücksfalls die Arbeit ganz von vorne wieder anfangen muß; auch für diesen Fall beruht sie nicht so sehr auf allgemeinen Rechtsgründen, als auf Gründen der Billigkeit.

dieselben voraus. Hieran wird es aber bei Begründung der Obligation nie fehlen; denn entweder wird sie erst durch die Verwaltung selbst begründet (negotiorum gestio) oder durch Ueberantwortung, Zuweisung desjenigen, was verwaltet werden soll.

Das letzte praktische Ziel dieser Obligationen ist die Restitution, bei welcher selbstverständlich die für Sachleistungen geltenden Regeln zur Anwendung kommen. 17) Wo keine Unmöglichkeit der Restitution angenommen werden kann, da kann auch wegen Fehlens der sachlichen Voraussetzungen eine Unmöglichkeit der Administration nicht anerkannt werden. Innerhalb dieser Gränzen ist eine Unmöglichkeit der Administration anzunehmen, wenn und soweit dem Schuldner die dazu nöthige Disposition über die zu verwaltenden Gegenstände fehlt. Aber nicht alle Ereignisse, welche die Restitution unmöglich machen, schließen auch jede in der Administration liegende Thätigkeit aus. So kann z. B. der Vormund, welchem eine unter seiner Verwaltung stehende Sache geraubt ist, dieselbe nicht restituiren, wohl aber Schritte zur Wiedererlangung derselben thun.

---

§. 8.

II. Leistungen, welche in einem Thun bestehen.

(Fortsetzung.)

Wir gehen jetzt über zu denjenigen Hindernissen, welche sich auf die Person des Schuldners beziehen.

Bei Sachleistungen kommen diese nur in einem sehr beschränkten Umfange in Betracht. Zur Vornahme dieser Leistungen ist zwar auch eine menschliche Thätigkeit erforderlich. Das Wesentliche ist aber hier allein, daß dem Gläubiger die Sache zum Behalten oder Gebrauchen

---

17) Der Umstand, daß der Schuldner zugleich zur Verwaltung verpflichtet ist, hat nur Einfluß auf die Frage, ob die Unmöglichkeit der Restitution als eine verschuldete oder unverschuldete anzusehen sei. Beim Commodatar und Depositar wird die, durch ein freiwilliges Aufgeben der Disposition über die geliehene oder deponirte Sache herbeigeführte Unmöglichkeit regelmäßig als eine verschuldete zu betrachten sein; dagegen kann eine Veräußerung der zur Verwaltung übergebenen Sachen von Seiten des Vormundes u. s. w. eine durchaus berechtigte sein; ja unter Umständen wird er, wenn er die Veräußerung nicht vornimmt, den durch dieses Unterlassen entstandenen Schaden erstatten müssen. Vergl. §. 6 Note 15.

zugestellt werde; auf die Person desjenigen, welcher die Leistung vornimmt, kommt daher nichts an.

Die auf ein Thun gerichtete Leistung kann ebenfalls eine solche sein, daß es gleichgültig ist, ob der Schuldner selbst oder ein Anderer für ihn die Leistung beschafft; häufig wird aber, auch ohne daß dies ausdrücklich bestimmt ist, darauf gerechnet sein, daß die Leistung von dem Schuldner *persönlich* vorgenommen werde.

Es sind also zwei Arten der in einem Thun bestehenden Leistungen zu unterscheiden, nämlich solche, welche von dem Schuldner persönlich vorzunehmen sind, und solche, welche eine persönliche Thätigkeit des Schuldners nicht erfordern, sondern auch durch Stellvertreter vorgenommen werden können.

Diese Unterscheidung bildet die Grundlage für die Beantwortung der Frage, welche uns hier beschäftigt. Hat nämlich die Leistung den vorher erwähnten persönlichen Charakter, so daß die persönliche Thätigkeit des Schuldners den Gegenstand der Obligation bildet, so begründen die auf die Person des Schuldners sich beziehenden Hindernisse keine bloß subjective, sondern in der That eine *objective* (dauernde oder zeitweilige) Unmöglichkeit, welche unter allen Umständen als wahre Unmöglichkeit berücksichtigt werden muß.

Ist dagegen das Thun ein solches, daß es auf die Person des Leistenden nicht ankommt, so kann die Unmöglichkeit, welche allein in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners ihren Grund hat, nur als eine *subjective* Unmöglichkeit betrachtet werden und in keinem weiteren Umfange dem Schuldner zu Statten kommen, als bei Sachleistungen, d. h. nur in dem Fall, wenn es dem Schuldner zugleich unmöglich war, für eine Vertretung zu sorgen (S. 28). Doch kommen hier Ausnahmen vor, indem in einigen Fällen, wie namentlich nicht selten beim Mandat, eine Vertretung als zulässig anerkannt wird, ohne daß dem Schuldner zugleich die Verpflichtung obliegt, sich eventuell bei der Vornahme der Handlung vertreten zu lassen. In diesen Fällen, auf welche wir unten wieder zurückkommen werden, hat die Leistung zwar keinen persönlichen Charakter; wegen der mangelnden Verpflichtung zur Bestellung eines Stellvertreters haben aber die persönlichen Hindernisse, wenn gleich unter erheblichen Beschränkungen, dieselben Wirkungen, wie in denjenigen Fällen, in welchen die Leistung von dem Schuldner persönlich vorgenommen werden muß.

Um die Regel, welche für die beiden verschiedenen Arten der in

einem Thun bestehenden Leistungen aufgestellt ist, klar zu machen, wollen wir die hauptsächlichsten Anwendungen derselben hier anführen.

Der Unterschied zwischen den erwähnten Arten der Leistungen tritt am entschiedensten hervor, wenn es sich um solche Hindernisse handelt, welche dem Schuldner die persönliche Vornahme der Handlung dauernd unmöglich machen. Betrachten wir zunächst die Leistungen, welche einen persönlichen Charakter haben, so ist bei diesen namentlich der Tod des Schuldners als Grund einer völligen Unmöglichkeit anzuerkennen;[1] ebenso tritt eine vollständige Unmöglichkeit der Leistung ein, wenn der Schuldner die persönliche Fähigkeit zur Vornahme der Handlung durch andere Umstände dauernd verliert, z. B. wenn einem Maler, welcher sich verpflichtet hat, ein Gemälde persönlich anzufertigen, die Hand abgenommen wird. Aber nicht nur die später eintretende Unfähigkeit ist bei den gedachten Leistungen als Grund einer Unmöglichkeit anzusehen; dasselbe gilt, wenn dem Schuldner schon zur Zeit der Abschließung des Vertrages, sei es wegen körperlicher Mängel, sei es wegen mangelnder Kunde und Geschicklichkeit, die Fähigkeit zur Beschaffung der bedungenen Leistung abgeht, wie z. B., wenn Jemand, der nicht einmal die Einrichtung einer Uhr kennt, mit eigenen Händen eine Uhr anzufertigen verspricht.[2] — Ist dage-

1) Es ergiebt sich hieraus, daß die Verpflichtungen zu solchen Leistungen nicht auf die Erben übergehen. Doch kommen einzelne Ausnahmen vor, in welchen die Verpflichtung durch den Tod des Schuldners nicht aufgehoben wird, obgleich die Handlung, so lange der ursprünglich Verpflichtete lebt, nur von diesem persönlich vorgenommen werden kann. Vergl. z. B. unten Note 14.

2) Gegen die im Text aufgestellte Ansicht sprechen diejenigen Stellen nicht, welche den Schuldner wegen imperitia zur Entschädigung verpflichten, wie L. 9. §. 5. L. 13. §. 5. D. locati (19. 2). L. 6. §. 7. D. de off. praesidis (1. 18). L. 7. §. ult. L. 27. §. 29. D. ad l. Aquil. (9. 2). Diese Stellen handeln nur theilweise von dem Fall, wo der Schuldner die Leistung persönlich vorzunehmen hat; überdies setzen sie sämmtlich voraus, daß der Schuldner trotz seiner Ungeschicklichkeit die Arbeit unternommen, und dadurch den vom Gläubiger ihm zur Bearbeitung hingegebenen Gegenstand beschädigt, beziehungsweise den Tod des zur ärztlichen Behandlung ihm übergebenen Sclaven veranlaßt hat. Die Verpflichtung zum Schadensersatz beruht in diesem Fall nicht auf der Annahme einer Möglichkeit der Leistung, sondern darauf, daß hier eine culpose Beschädigung vorliegt. Dem Schuldner, welcher durch seine Ungeschicklichkeit den Schaden zugefügt hat, fällt nämlich jedenfalls eine culpa zur Last, indem er das Maß seiner Kräfte und Geschicklichkeit hätte kennen müssen. Dies ist es, was in L. 132. D. de R. J. (50. 17) durch die Worte: „imperitia culpae adnumeratur“ ausgedrückt wird. — Eine Berufung des Schuldners darauf, daß

gen die Obligation nicht auf eine persönliche Thätigkeit des Schuldners gerichtet, so kann die Unfähigkeit des Schuldners zur persönlichen Vornahme der Handlung nicht als Grund einer wahren Unmöglichkeit in Betracht kommen, und ebenso wenig wird in diesen Fällen durch den Tod des Schuldners eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt. [3])

Diejenigen Hindernisse in der Person des Schuldners, welche nur eine vorübergehende Natur haben, wie z. B. die nothwendige Abwesenheit und in der Regel auch die Krankheit des Schuldners, können selbst bei solchen Leistungen, welche von dem Verpflichteten persönlich beschafft werden müssen, nur dann eine völlige Unmöglichkeit, wie sie zur Bewirkung einer vollständigen Befreiung des Schuldners erforderlich ist, herbeiführen, wenn die Erfüllung der Obligation in der Weise an einen bestimmten Zeitraum gebunden ist, daß sie nach Ablauf desselben nicht mehr erfüllt werden kann. Auch abgesehen von diesem Fall ist es jedoch von Bedeutung, daß diese

---

er wegen mangelnder Kunde und Geschicklichkeit die Leistung nicht ausführen könne, wird übrigens nicht häufig vorkommen; regelmäßig wird nur eine größere oder geringere Ungeschicklichkeit vorliegen, welche die Vornahme der Leistung nicht völlig hindert. Zudem wird, namentlich in dem Fall einer völligen Unfähigkeit, dem Schuldner regelmäßig, wenn nicht ein dolus, so doch wenigstens eine culpa lata zur Last fallen, die ihn zur Erstattung desjenigen Interesse verpflichtet, welches der Gläubiger daran hatte, nicht über diese Unfähigkeit des Schuldners getäuscht zu sein (§. 11).

3) Wenn dennoch unter Umständen durch den Tod des Schuldners die Verpflichtung zu der ihm obliegenden Leistung aufgehoben wird, so beruht dies nicht auf der Annahme einer Unmöglichkeit der Leistung, sondern darauf, daß das obligatorische Verhältniß selbst, auf welches die Verpflichtung zu der Leistung sich gründete, durch den Tod des Schuldners aufgehoben wird. Dies gilt in Ansehung der Verpflichtung zur Ausführung von Geschäften, welche ein socius für die Societät, der Mandatar für den Mandanten übernommen hat, so wie in Ansehung der dem Vormund obliegenden Administrationshandlungen. Zudem hat der Tod des Schuldners hier nur dann die Aufhebung der Verpflichtung zur Folge, wenn noch res integra ist; ist Letzteres nicht der Fall, so muß der Erbe des ursprünglich Verpflichteten die von seinem Erblasser begonnenen Geschäfte unter seiner Verantwortlichkeit zu Ende führen. L. 40. D. pro socio (17. 2). L. 27 §. 3. D. mandati (17. 1). L. 1 pr. D. de fidej. et nominat. (27. 7). — Beim Mandat werden allerdings, wie oben schon bemerkt, die Hindernisse in der Person des Schuldners in einem weiteren Umfange berücksichtigt, als dies den allgemeinen Regeln zufolge geschehen könnte; doch steht dies mit der so eben erörterten Bestimmung in keinem unmittelbaren Zusammenhang.

Hindernisse als Gründe einer wahren Unmöglichkeit berücksichtigt werden. Sie schließen nämlich die nachtheiligen Folgen der Mora aus, und wenden, falls nicht in Beziehung auf das Eintreten derselben dem Debitor ein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt, jede Verantwortlichkeit von ihm ab, wenn vor ihrer Beseitigung durch ein anderes Ereigniß, in Betreff dessen dem Verpflichteten eine Verschuldung nicht zugerechnet werden kann, eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die Obligation nicht auf eine persönliche Thätigkeit des Schuldners gerichtet ist, vorausgesetzt, daß es ihm nicht zugleich unmöglich war, einen Vertreter zu bestellen. Ist die Leistung auch eine solche, daß sie nur dann als Erfüllung der Obligation gelten kann, wenn sie innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorgenommen wird, so können doch die persönlichen Hindernisse die Nichterfüllung der Obligation nicht entschuldigen, weil sie nicht als Gründe einer wahren Unmöglichkeit in Betracht kommen. Ferner werden die nachtheiligen Folgen der Mora durch diese Hindernisse nicht abgewendet, und endlich kann der Schuldner sich auf das der persönlichen Vornahme der Handlung entgegenstehende Hinderniß auch dann nicht berufen, wenn durch ein später eingetretenes Ereigniß, sei es auch ohne sein Verschulden, eine wahre Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt und dadurch ein Schaden für den Gläubiger entstanden ist, welcher durch die frühere Erfüllung der Obligation abgewendet wäre. Es wird in dem zuletzt gedachten Fall durchaus so angesehen, als ob der Schuldner bis zum Eintreten des späteren Ereignisses die ihm obliegende Leistung hätte beschaffen *können*. Die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner wegen der Nichterfüllung der Obligation eine Entschädigung zu leisten hat, hängt also nicht davon ab, ob ihm in Betreff des Eintretens des persönlichen Hindernisses eine von ihm zu vertretende Verschuldung zur Last fällt, sondern davon, ob die unterlassene Bestellung eines Vertreters und die dadurch herbeigeführte Verzögerung der Leistung ihm zur Schuld zugerechnet werden kann.

In unseren Rechtsquellen finden wir nur *eine* Stelle, in welcher der Unterschied zwischen denjenigen Leistungen, welche vom Schuldner persönlich vorzunehmen sind, und denjenigen, welchen ein solcher per-

sönlicher Charakter abgeht, näher durchgeführt wird. Es ist ein Gesetz von Justinian, die **L. un. §. 9. C. de caducis tollendis (6. 51.).** [4])

In diesem Gesetz wird anerkannt, daß die in einem **dare** bestehenden Leistungen auch von Anderen erfüllt werden können; dagegen wird die Beantwortung der Frage, ob die in einem **facere** bestehenden Leistungen die Erfüllung durch andere Personen zulassen, abhängig gemacht von der „**conceptio verborum**“ und der „**facti natura.**“ Selbst die **L. un. C. cit.** ist aber nicht völlig geeignet, die von uns aufgestellte Unterscheidung zu begründen, da sie sich nicht ausschließlich auf Leistungen bezieht, welche den Gegenstand von Obligationen bilden. Die Leistungen, von welchen sie handelt (nämlich die dem Vermächtnißnehmer auferlegten Leistungen, die **onera legatorum**), sind wenigstens nicht nothwendig zugleich Gegenstand einer Obligation, wenn sie dies auch in vielen Fällen sein werden. — So erklärt es sich, daß manche der Leistungen, welche in der **L. un. cit.** beispielsweise angeführt werden, als Gegenstand einer Obligation nicht vorkommen können, z. B. das „**liberalibus studiis imbui.**“

Wenn wir aber auch darauf verzichten müssen, das Angeführte durch eine allgemeine, auf Obligationen direct sich beziehende Stelle zu belegen, so folgt es doch aus der Natur der Sache, und wird, wie wir unten sehen werden, in einzelnen Anwendungen zur Genüge bestätigt.

---

4) „— — — Cum enim jam statuimus, hoc [legatum vel fideicommissum] cum suis oneribus ad eum, qui lucratur, pervenire: sancimus, si quidem conditio vel aliud gravamen in dando sit constitutum: hoc omnimodo lucrantes pro modo lucri agnoscere. Sin autem in faciendo aliquid impositum est: si quidem hoc per alium impleri possit, simili modo et a lucrante agnosci: puta si honorata persona jubeatur insulam vel monumentum vel aliud tale suis sumtibus facere — — —: vel rem ab herede testatoris emere, vel locationem, vel fidejussionem subire, et si quid hujusmodi facti simile sit: nihil enim refert, sive per eum, de quo testator locutus est, sive per alium ejusdem lucri successorem adimpleatur. Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura, ut, quod relictum est, ab alio impleri non possit: tunc etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi: quia hoc neque ipsa natura concedit, neque testator voluit. Quid enim si testator jusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus exstruere, vel pingere, vel uxorem ducere? quae omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intelligitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat — — — —.“

Nach einer Angabe Justinians in **L. 13. C. de contrah. stip. (8. 38.)** sind einige ältere Juristen so weit gegangen, die passive Vererblichkeit der auf ein **facere** gerichteten Stipulationen allgemein zu läugnen, und zwar sollen sie sich, um dies zu rechtfertigen, auf die persönliche Natur der in einem Thun bestehenden Leistungen berufen haben („**non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.**"). [5]) Justinian verwirft mit Recht diese Ansicht; es könnte aber scheinen, als ob er seinerseits wieder nach der andern Richtung hin zu weit gegangen sei. Indem er nämlich die passive Vererblichkeit der auf ein Thun gerichteten Stipulationen festsetzt, bemerkt er zur Motivirung dieses Satzes: „**quare, cum pene similis omnium hominum natura est, non etiam facta omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint?**" In der That ist aber auf derartige Gemeinplätze, wie sie in den Justinianischen Gesetzen manchmal vorkommen, [6]) kein großes Gewicht zu legen. Der wahre Sinn der **L. 13. cit.** ist kein anderer, als daß künftig zwischen den **stipulationes faciendi** und den übrigen auf ein Thun gerichteten Obligationen in Beziehung auf Vererblichkeit kein Unterschied stattfinden, und namentlich nichts darauf ankommen soll, ob in der Stipulation ausdrücklich der Erben Erwähnung geschehen ist oder nicht. Für diese Auffassung spricht auch der fernere Grund, den Justinian anführt: „**ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates.**" Diesen Worten nach soll der Wille der Parteien zur Geltung kommen; das würde aber nicht geschehen, wenn man die Erfüllung einer Leistung, welcher die Parteien einen persönlichen Charakter haben geben wollen, durch Andere zuließe.

Ob die persönliche Thätigkeit des Schuldners den Gegen-

---

5) Der angeführte Grund würde consequenterweise nicht allein die Vererblichkeit der stipulationes faciendi, sondern die passive Vererblichkeit aller auf ein Thun gerichteten Obligationen ausgeschlossen haben. In dieser Ausdehnung dürfte derselbe aber schwerlich von einem der älteren Juristen benutzt sein.

6) Vgl. z. B. L. ult. i. f. C. de pactis (2. 3.), wo zur Motivirung der Ungültigkeit der Verträge über die Erbschaft eines dritten Lebenden gesagt wird: „cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci, secta temporum nostrorum non patiatur." Nach diesen Worten würde man die Ungültigkeit aller über fremde Sachen ohne Einwilligung des Eigenthümers geschlossenen Verträge annehmen können, obgleich die Gültigkeit derselben als Regel unzweifelhaft feststeht.

stand der Obligation bildet, ist eine Frage, für deren Entscheidung die Umstände des concreten Falls regelmäßig von der größten Bedeutung sind. Dasjenige, was der Leistung den persönlichen Charakter giebt, ist nämlich vorzugsweise der Wille der Contrahenten (bei Vermächtnissen der Wille des Testators).

Haben die Parteien ausdrücklich festgesetzt, daß die Handlung von dem bestimmten Schuldner, durch dessen eigene Kräfte vorgenommen werden soll, so ist es nicht zweifelhaft, daß die persönliche Thätigkeit des Schuldners den Gegenstand der Obligation bildet, daß also eine auf den persönlichen Verhältnissen desselben beruhende Unmöglichkeit als wahre Unmöglichkeit zu betrachten ist. Dabei ist es gleichgültig, ob die Handlung an sich eine solche Natur hat, daß sie von keinem Andern erfüllt werden kann oder nicht. Selbst bei Sachleistungen würden wir einer ausdrücklichen Bestimmung der Contrahenten diese Wirkung beilegen müssen. [7])

So finden wir in der **L. un. §. 9. C. de caduc. toll. (6. 51.)** als eine Auflage, deren Erfüllung durch einen Andern geschehen kann, die Errichtung eines Hauses oder Monuments aufgeführt; dagegen wird die Auflage an den Vermächtnißnehmer, ein Haus mit eigenen Händen zu bauen, als eine solche bezeichnet, welche nicht durch einen Anderen erfüllt werden kann. In gleicher Weise wird in **L. 31. D. de solut. (46. 3.)** gesagt: wenn ausdrücklich bedungen sei, daß der Unternehmer eines **opus** dasselbe mit seinen eigenen Kräften ausführen solle, dann werde er nicht liberirt, wenn ein Anderer für ihn das **opus** anfertige. [8])

Hierbei aber, wie überhaupt in allen Fällen, in welchen die Leistung diesen persönlichen Charakter hat, versteht es sich von selbst, daß

---

7) Eine solche wird allerdings bei Sachleistungen nur überaus selten vorkommen; daher wird auch in der L. un. §. 9. C. de caduc. toll. darauf keine Rücksicht genommen, vielmehr allgemein den in einem dare bestehenden Leistungen der persönliche Charakter abgesprochen.

8) Unbedingt gilt dies freilich nur von der ipso jure eintretenden Befreiung. Der Debitor, welcher verpflichtet ist, die Leistung persönlich vorzunehmen, kann, wenn die Erfüllung durch einen Anderen geschehen ist, sich unter Umständen gegen die Klage des Gläubigers durch eine exceptio doli schützen, wenn es demselben an jedem Interesse fehlt, die erfolgte Leistung nicht als genügend anzusehen. — Dies hat jedoch auf die Beantwortung der Frage, ob Hindernisse, welche den Schuldner persönlich betreffen, eine wahre Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen, keinen Einfluß.

es nur auf die körperlichen oder geistigen Kräfte, nicht auf die Vermögenskräfte des Schuldners ankommt. Habe ich z. B. bedungen, daß ein Maler mir ein Gemälde mit seinen eigenen Händen anfertigen soll, so bewirken allerdings Tod und Krankheit des Malers eine wahre Unmöglichkeit der Leistung, nicht aber der Umstand, daß es ihm an Geld und Credit fehlt, sich die nöthigen Materialien zum Malen anzuschaffen. Es genügt in letzterer Beziehung eine Verweisung auf das in dem vorigen §. Bemerkte.

Wenn eine ausdrückliche Verabredung nicht getroffen ist, muß man aus anderen Umständen die Absicht der Contrahenten zu erkennen suchen. Darin eben besteht der Unterschied der Leistungen, welche in einem Thun bestehen, und der Sachleistungen, daß eine derartige Untersuchung bei den letzteren nicht erforderlich ist.

Die Umstände, welche auf die Entscheidung der Frage, ob eine Leistung einen persönlichen Charakter hat, influiren können, sind sehr mannigfaltig. Es kann hier z. B. die Persönlichkeit der Contrahenten, die Art und Weise, wie sie es in ähnlichen Fällen verhalten haben, der Ortsgebrauch u. s. w. von Bedeutung sein. — Allgemeine Regeln, nach welchen jeder einzelne Fall sogleich mit Sicherheit zu entscheiden wäre, lassen sich daher nicht aufstellen; doch fehlt es nicht an wichtigen Anhaltspunkten für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage. Als Momente, welche eine allgemeinere Bedeutung haben, kommen namentlich in Betracht: die Natur der Leistung an sich, und, was damit in naher Verbindung steht, die Art und Weise, wie die Leistung zum Gegenstand der Obligation gemacht ist. Ueberdies kann die Natur der Obligation, deren Gegenstand die Leistung ist, für die Beantwortung der Frage, ob die persönliche Behinderung des Schuldners demselben zu Statten kommt, unter Umständen von Bedeutung sein. Wir wollen diese Momente in der angegebenen Reihenfolge betrachten.

Das erste derselben ist die Natur der Leistung an sich, die natura facti, welche auch von Justinian in der L. un. §. 9. C. de caducis tollendis (6. 51) neben der conceptio verborum besonders hervorgehoben wird.

Einige Leistungen haben deshalb einen persönlichen Charakter, weil das Rechtsverhältniß, welches durch dieselben begründet werden

soll, durchaus persönlicher Natur ist. Dies gilt z. B. von der versprochenen Eingehung einer Ehe. Diese ist unmöglich, wenn in der Person desjenigen, welcher die Ehe versprochen, ein Ehehinderniß besteht; imgleichen tritt durch den Tod des Verpflichteten eine Unmöglichkeit ein, ebenso durch diejenigen Umstände, welche die Ertheilung des Consenses hindern, z. B. Wahnsinn. [9]— Aus der persönlichen Natur des zu begründenden Verhältnisses allein läßt sich aber die **unbeschränkte** Zulassung der persönlichen Hindernisse nicht folgern. Insofern es sich um Eingehung einer Ehe handelt, kommen allerdings auch andere Hindernisse dieser Art, als die eben angeführten, z. B. nothwendige Abwesenheit, in Betracht, weil eine Vertretung bei Eingehung der Ehe im Allgemeinen nicht zugelassen wird. Dies gilt aber nicht für alle Fälle. [10])

Ferner giebt es Leistungen, deren Vornahme ein bestimmtes persönliches Verhältniß des Schuldners zum Gläubiger voraussetzt. Aus diesem Grunde galten die **operae officiales**, welche Freigelassene ihren Patronen versprachen, als persönliche Leistungen. [11]) Die auf die

---

9) So führt Justinian in L. un. §. 9. C. de cad. toll. (6. 51) auch das uxorem ducere als eine von der bestimmten Person vorzunehmende Handlung an. — Der Fall eines Ehehindernisses wird von Paulus in L. 35 §. 1. D. de V. O. (45. 1) erörtert; in diesem Fall ist die Handlung zugleich eine rechtswidrige. — Wenn übrigens Paulus in der zuletzt erwähnten Stelle das Versprechen, die Schwester zu heirathen, als einen Fall bezeichnet, wo die Obligation cessirt, so ist das Beispiel nicht glücklich gewählt, da nach römischem Recht die Eingehung einer Ehe überhaupt nicht zum Gegenstand einer wirksamen Obligation gemacht werden konnte. — Es ist einer späteren Zeit vorbehalten gewesen, eine Schätzung der Vortheile der Ehe in Geld einzuführen; wo diese Auffassung zu rechtlicher Geltung gelangt ist, haben die Sponsalien in der That den Charakter eines obligatorischen Vertrages erhalten. Diese Auffassung steht aber mit dem Wesen der Ehe in dem entschiedensten Widerspruch, und es ist nicht meine Absicht gewesen, derselben dadurch beizutreten, daß ich das Beispiel oben angeführt habe.

10) So ist z. B. die Societät ein durchaus persönliches Verhältniß; die versprochene Eingehung der Societät wird deshalb unmöglich durch den Tod des Verpflichteten, so wie durch alle Umstände, welche ihm die Ertheilung des Consenses unmöglich machen. Da aber die Eingehung des Societätsvertrages durch einen Vertreter erfolgen kann, so sind Krankheit und nothwendige Abwesenheit an sich noch nicht als Gründe wahrer Unmöglichkeit zu betrachten. Die Sache ist hier übrigens wegen der Zulässigkeit der renunciatio von keiner sonderlichen praktischen Bedeutung.

11) L. 9 §. 1. D. de operis libert. (38. 1).

Person des Freigelassenen sich beziehenden Hindernisse wurden als Gründe wahrer Unmöglichkeit anerkannt. [12])

Anderen Handlungen ist ein persönlicher Charakter beizulegen, weil sie nur dadurch eine rechtliche Bedeutung haben, daß eine bestimmte Person sie vornimmt. Dies ist ohne Zweifel der Grund, weshalb Hindernisse, welche sich auf die Person des Verpflichteten beziehen, z. B. Krankheit, nothwendige Abwesenheit, als Gründe wahrer Unmöglichkeit berücksichtigt wurden, wenn es sich um die Verpflichtung handelte, sich in einem Proceß vor Gericht zu sistiren. [13]) Derselbe Grund trifft zu bei der durch Compromiß übernommenen Verpflichtung, sich vor einem Schiedsrichter einzufinden. [14])

Die ausgedehntere Zulassung der Vertretung im Proceß hat in den erwähnten Bestimmungen nichts geändert, weil auch der spätere römische Proceß auf die Gegenwart der Parteien berechnet war. [15]) Heutzutage wird man jedoch in diesem Fall die persönlichen Hindernisse nicht in gleichem Umfange als Gründe einer wahren Unmöglichkeit anerkennen können, da die Vertretung vor Gericht gegenwärtig nicht nur zugelassen ist, sondern sogar die Regel bildet. [16])

---

12) L. 15 pr. L. 17. L. 23 §. 1. D. de operis libert.

13) Vergl. besonders L. 2. D. si quis caut. (2. 11), wo im §. 3 als Grund angeführt wird: „cum enim in tali promissione praesentia opus sit." L. 19 §. 1. D. de probat. (22. 3). — Die Bestimmung, daß die Behinderung durch einen dritten Privatmann nicht in Betracht kommt [L. 2 §. 9. L. 3. L. 5 pr. D. si quis caut. (2. 11)], dürfte sich aus demjenigen erklären, was im §. 4 Note 25 bemerkt ist. Doch kann es nach der L. 2 §. 9. D. cit. zweifelhaft sein, ob der Schuldner nicht hier im Fall der Insolvenz des Dritten einer Restitution bedurfte.

14) L. 4 §. 2. D. de doli mali except. (44. 4). L. 21 §. 9. D. de receptis (4. 8). Die letztere Stelle enthält zugleich eine positive Vorschrift, durch welche die Nachtheile, welche die Berücksichtigung der Unmöglichkeit für die Gegenpartei mit sich führen kann, abgewendet werden sollen. — Uebrigens gelten die Grundsätze der citirten Stellen eben sowohl für den Fall, wenn das Compromiß durch besondere Verabredung (L. 27 §. 1. L. 49 §. 2. D. de receptis) auf die Erben erstreckt ist. Denn so lange die Parteien, welche das Compromiß abgeschlossen haben, leben, sind sie die einzigen, welche die fragliche Handlung mit rechtlicher Bedeutung vornehmen können.

15) Nur kamen, wenn ein Procurator bestellt war, natürlich nicht die Hindernisse, welche in den persönlichen Verhältnissen der Partei selbst lagen, sondern allein diejenigen, welche sich auf die Person des Procurator bezogen, in Betracht. Vergl. L. 8 §. 3. L. 9. L. 10. D. de procurat. (3. 3).

16) Eine Ausnahme tritt natürlich für diejenigen Fälle ein, in welchen auch noch

Besonders wichtig ist endlich folgende Unterscheidung. Es giebt Handlungen, deren Werth von der Person des sie Ausführenden ganz unabhängig ist, bei denen es sich bloß darum handelt, daß sie ausgeführt werden, wo aber, wenn sie ausgeführt sind, von einem besser oder schlechter Ausgeführtsein gar nicht oder nur in untergeordneter Weise die Rede sein kann. Andere Leistungen haben dagegen einen sehr verschiedenen Werth, je nachdem sie auf diese oder jene Weise ausgeführt werden.

Die ersten Handlungen sind solche, welche eine persönliche Ausführung durch den Schuldner im Allgemeinen nicht erfordern. Dahin gehört sehr häufig die Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Hat Jemand sich verpflichtet, einen Andern von einer Schuld zu befreien, so ist es einerlei, wer die zur Bewirkung der Liberation erforderliche Handlung vornimmt; auf den Werth der Liberation hat dies keinen Einfluß. Aehnlich, wenn die Verpflichtung darauf geht, für einen Andern eine Sache zu einem bestimmten Preise zu kaufen oder zu miethen. [17]) Ein anderes Beispiel ist die Uebernahme einer Bürgschaft. Diese hat allerdings einen sehr verschiedenen Werth nach den Verhältnissen der Person, welche sie übernimmt. Hat Jemand daher versprochen, eine Bürgschaft zu übernehmen, so genügt es nicht, wenn ein Anderer Bürge

---

jetzt auf die persönliche Gegenwart der Parteien gerechnet oder gar die Vertretung ausdrücklich ausgeschlossen ist, z. B. nach Particularrecht bei dem richterlichen Vergleichsversuch und in manchen summarischen Processen.

17) Dies gilt unbedingt nur, wenn es sich einfach um Abschließung eines genau bestimmten Geschäfts handelt. Wenn dagegen die näheren Bedingungen erst durch Unterhandlungen festgestellt werden sollen, wird die Sache nicht selten sich anders gestalten. So wird z. B., wenn ein Kaufmann Jemandem den Auftrag giebt, eine Reise zur Anknüpfung von Geschäften u. s. w. für ihn zu machen, die Leistung als eine persönliche gemeint sein. — Ueberhaupt, je mehr bei der Ausführung dem Handelnden überlassen ist, und je mehr von ihm dabei abhängt, desto eher wird eine persönliche Leistung anzunehmen sein. — Justinian bezeichnet in L. un. §. 9. C. de cad. toll. die Abschließung eines Kaufcontracts oder einer Miethe ganz allgemein als eine Leistung, welche von Jedem erfüllt werden kann. Die auf eine solche Leistung gerichtete testamentarische Auflage hat nämlich nur insofern Bedeutung, als demjenigen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen werden soll, dadurch ein Vortheil zugewendet wird. Es ist daher in diesem Fall nöthig, daß die näheren Bedingungen, der Kaufpreis oder das Miethgeld angegeben seien. Die Handlung ist hier immer eine überaus einfache, indem der Onerirte dem Eigenthümer der Sache nur die Gelegenheit verschaffen soll, den Contract auf die im Testament vorgeschriebenen Bedingungen mit ihm abzuschließen.

wird; dagegen kommt auch hier nichts darauf an, ob er in eigener Person die Obligation abschließt oder durch einen Vertreter, sofern nur in Seiner Person die Bürgschaft begründet wird.[18])

Die Leistungen, deren Werth sich wesentlich durch die Art der Ausführung bestimmt, setzen ein größeres Vertrauen des Gläubigers in die Person des Schuldners voraus, indem man im Allgemeinen annehmen muß, daß der Gläubiger eben deshalb mit dem bestimmten Schuldner contrahirt hat, weil er ihm eine gute Ausführung der Leistung zutraut. Hieraus läßt sich aber nicht immer folgern, daß der Gläubiger von dem Schuldner die persönliche Beschaffung der Leistung und nicht etwa nur im Allgemeinen die Sorge für die gute Ausführung erwarte.

So wird, wie wir unten sehen werden, bei Handwerksarbeiten in der Regel nicht angenommen, daß der Schuldner dieselben persönlich zu beschaffen hat, obgleich doch der Werth derselben sehr verschieden sein kann. Dagegen wird man bei Leistungen, welche eine ungewöhnlichere, künstlerische oder wissenschaftliche Befähigung voraussetzen, es als Regel ansehen können, daß hier eine persönliche Leistung des Schuldners den Gegenstand der Obligation bildet, so z. B. wenn ein Schriftsteller eine literarische Arbeit für einen Verleger zu liefern übernimmt, wenn ein Arzt zur Behandlung eines Kranken, ein Advocat zur Führung eines Processes angenommen, wenn die Anfertigung eines Gemäldes oder einer Statue bei einem Künstler bestellt wird. Es sind hier jedoch immer die Umstände des concreten Falls zu berücksichtigen. So bei dem Vertrag mit einem Künstler die Art, wie er zu arbeiten pflegt, ferner die Beschaffenheit und der Umfang des verdungenen Werks, welches die Mitwirkung Anderer sogar nothwendig voraussetzen kann. Auch können sich die einzelnen Theile der Arbeit unterscheiden, indem einige einen durchaus handwerksmäßigen Charakter haben, wie das besonders bei der Sculptur der Fall ist.

---

18) Bei den Römern war die Vertretung nur wegen der zur Eingehung der fidejussio nöthigen Form der Stipulation ausgeschlossen. — Ob die Verpflichtung zur Uebernahme der fidejussio auf den Erben übergeht, kann allerdings zweifelhaft sein; da aber auf die bestimmte Person hauptsächlich nur wegen des Vermögens, welches sie repräsentirt, gesehen wird, möchte ich dies im Zweifel annehmen. — Auf die L. un. §. 9. C. de caduc. toll. wird man sich für diese Ansicht allerdings nicht mit Sicherheit berufen können; auf der andern Seite dürfte aber auch die L. 14 §. 2. D. de pec. const. (13. 5) nicht dagegen sein. Auf die letztere Stelle werden wir im folgenden §. noch zurückkommen.

Ein in den Quellen besonders hervorgehobener Fall, wo wegen des hohen Grades von Vertrauen, welches die Uebertragung der Leistung voraussetzt, jede Vertretung ausgeschlossen ist, ist das **receptum arbitrii.** Bei diesem werden daher alle diejenigen Gründe, welche dem **arbiter** es persönlich unmöglich machen, die Sache zu untersuchen und zu entscheiden, als Gründe wahrer Unmöglichkeit behandelt.[19]) Die römischen Juristen sind hier sogar noch weiter gegangen, indem sie den **arbiter** auch in solchen Fällen von der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit entbinden, in welchen dieselbe ihm nicht unmöglich war, aber Nachtheile für ihn gehabt haben würde, z. B. weil er dann seine eigenen Geschäfte hätte versäumen müssen.[20]) Dies beruht jedoch nicht auf der Annahme einer Unmöglichkeit; vielmehr liegt hier der Gesichtspunkt zu Grunde, daß man demjenigen, der aus Gefälligkeit das Amt eines Schiedsrichters übernommen hat, nicht zumuthen könne, daß er durch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit Schaden leide.

Wie wir oben bemerkt, sind die Handlungen, deren Werth von der Art der Ausführung abhängt, nicht immer als persönliche Leistungen anzusehen. Um zu erkennen, ob dies im einzelnen Fall anzunehmen, ist die Beschaffenheit der Handlung an sich von Wichtigkeit; hier aber bildet zugleich einen wichtigen Anhaltspunkt: *die Art und Weise, in welcher die Handlung zum Gegenstande der Obligation gemacht ist.*

Wir können folgenden Grundsatz aufstellen. — Je unbestimmter der Maßstab ist, der für die Beurtheilung der Contractmäßigkeit der Handlung durch die Obligation gegeben ist, je weniger dieser ein Gewähr für den Werth und die Brauchbarkeit des durch die Handlung erzielten Resultates giebt, destomehr kommt die Persönlichkeit des Verpflichteten in Betracht.

Wir haben oben, wo wir von den in der Vornahme von Rechtsgeschäften bestehenden Leistungen sprachen (Note [17]), schon hierauf hingedeutet. Eine bestimmte Gränze anzugeben, von welcher an die Leistung eine streng persönliche Natur annimmt, ist selbstverständlich unmöglich. Hier wollen wir uns begnügen, eine besonders wichtige Anwendung des gedachten Grundsatzes ins Auge zu fassen, nämlich die Anwendung

---

19) L. 15. 16 pr. D. de receptis (4. 8).

20) L. 15. D. de receptis.

auf diejenige Art der operae, welche als Gegenstand der locatio vorkommt.

Diese operae werden entweder nur nach dem äußern Maßstabe der Zeit (eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen) zum Gegenstande der Obligation gemacht, oder insofern, als durch dieselben ein bestimmtes opus zuwege gebracht werden soll.

Der unbestimmteste Maßstab ist der der Zeit; er giebt für die Brauchbarkeit der Arbeit gar keine Gewähr, und deshalb gilt es hier als Regel, daß die operae der bestimmten Person, welche zur Leistung verpflichtet ist, als Gegenstand der Obligation betrachtet werden. [21]).

Dies ist auch dann anzunehmen, wenn die Beschaffenheit der operae nicht völlig unbestimmt gelassen ist. Die allgemeine Angabe der Art der Dienste, z. B. daß es Fabrikdienste, Schneiderarbeiten sein sollen, giebt wegen der großen Verschiedenheit der Arbeiter in jedem Zweige keinen irgend ausreichenden Maßstab. Wenn ich einen Tagelöhner oder Fabrikarbeiter auf eine gewisse Zeit annehme, so sehe ich im Zweifel eben auf die Persönlichkeit des Arbeiters, und nach dem Maß seiner Kräfte, seiner Geschicklichkeit u. s. w. bestimmt sich, wo eine solche bedungen ist, die Gegenleistung. Ebenso beim Gesindevertrag. Hier müssen daher die Hindernisse in der Person des Schuldners als Gründe wahrer Unmöglichkeit berücksichtigt werden.

Eine ausdrückliche Anerkennung dieses Satzes finden wir im römischen Recht nicht. Man kann sich nicht berufen auf diejenigen Stellen, welche von den operae officiales der Freigelassenen und den Diensten der Sclaven handeln. Die ersteren hatten schon aus andern Gründen einen persönlichen Charakter; die Sclaven wurden aber ganz wie Sachen behandelt, so daß es ausschließlich darauf ankam, ob der Sclave, dessen Dienste vermiethet waren, individuell bezeichnet war oder nicht. — Wichtiger könnte eine andere Stelle scheinen, in welcher die operae den Geldleistungen entgegengesetzt, und die ersteren als solche Leistungen bezeichnet werden, welche nicht von Andern vor-

---

21) Dem widerspricht nicht die L. 54 §. 1. D. de V. O. (45. 1), in welcher die operarum stipulatio der auf fungible Sachen gerichteten Stipulation verglichen wird; vielmehr wird eben vorausgesetzt, daß die operae einer bestimmten Person Gegenstand der Obligation sind, und nur für diesen Fall wird die Arbeit des einen Tages der Arbeit des anderen Tages gleichgestellt, so daß, wenn die operae Mehreren zukommen, eine Theilung nach der Zahl der bedungenen Arbeitstage vorgenommen wird. Vergl. auch §. 7 Note 2.

genommen werden können.[22]) Aber auch aus dieser Stelle können wir keinen genügenden Beweis für den aufgestellten Satz entnehmen, da dieselbe sich nicht auf Obligationen, sondern auf solche Leistungen bezieht, welche einem Sclaven als Bedingung zur Erreichung der Freiheit auferlegt sind. In diesem Fall könnte nämlich die Rücksicht, daß der Honorirte durch die That seinen Gehorsam gegen den Willen des Testators zu zeigen habe, von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung gewesen sein.[23])

Dessenungeachtet können wir kein Bedenken tragen, den Diensten der hier zur Frage stehenden Art einen persönlichen Charakter beizulegen. Das Schweigen der Quellen erklärt sich daraus, daß in Rom die Dienste, von welchen hier die Rede ist, fast ausschließlich von Sclaven und Freigelassenen verrichtet wurden. Aus diesem Grunde ist auch der Contract, als dessen Gegenstand die operae Freier am häufigsten vorkommen, die locatio operarum in den Quellen sehr dürftig behandelt.

Wir gehen jetzt zu dem Fall über, wenn die operae in der Art zum Gegenstande des Vertrages gemacht sind, daß dadurch ein opus zuwege gebracht werden soll. Das Unterscheidende dieses Falles ist, daß die operae nur als der mittelbare, das Resultat, welches durch dieselben herbeigeführt werden soll, als der unmittelbare Gegenstand der Obligation betrachtet wird.[24]) Dagegen kommt die besondere Beschaffenheit dieses Resultats für den Begriff des opus nicht in Betracht.[25])

Das opus kann nun ein solches sein, daß es auf die Art, wie es hervorgebracht wird, gar nicht oder nur in geringem Maße ankommt,

---

22) L. 39 §. 5. D. de statuliberis (40. 7).

23) Diese Erwägung kann selbst bei solchen Leistungen, welche ihrer Natur nach von Anderen vorgenommen werden können, das Recht der Vertretung entziehen. L. 13 pr. §. 1. D. de manumiss. test. (40. 4).

24) In einigen Fällen kann es zweifelhaft sein, ob die einzelnen operae oder das opus den eigentlichen Gegenstand der Obligation bilden, so z. B. in dem Fall der L. 51 §. 1. D. locati (19. 2), wenn der Arbeiter ein Werk in approbationsfähigem Zustande liefern soll, die Gegenleistung aber nach Arbeitstagen berechnet wird. — Was die Güte der Arbeit betrifft, so hat die Persönlichkeit des Arbeiters hier keine größere Bedeutung, als bei der gewöhnlichen Verdingung eines opus; dagegen äußern die Arbeitskraft und der Fleiß des Arbeiters einen wesentlichen Einfluß auf die Höhe der Gegenleistung, und deshalb werden hier in der zur Frage stehenden Beziehung regelmäßig die für die operae geltenden Grundsätze anzuwenden sein. S. auch §. 17 Note 34.

25) In L. 5 §. 1. D. de V. S. (50. 16) wird zwar opus definirt, als ein „ex

z. B. wenn ein Transport von Sachen verdungen ist. Alsdann ist es schon nach dem oben Erwähnten im Allgemeinen nicht zweifelhaft, daß die Leistung keinen persönlichen Charakter hat. Die Zuverlässigkeit, die Redlichkeit des Annehmers wird allerdings auch hier von dem Gläubiger in Betracht gezogen werden; in der Regel geschieht dies aber nur insofern, als er will, daß dieser für die richtige Ablieferung am Bestimmungsorte hafte.[26])

In anderen Fällen kann der Werth des opus je nach der Ausführung der Arbeit ein sehr verschiedener sein, so bei den

---

opere facto corpus aliquod perfectum." Der Begriff des opus reicht jedoch viel weiter; er umfaßt nicht nur die Errichtung eines Bauwerks, in welcher Bedeutung das Wort allerdings sehr oft vorkommt, sowie überhaupt die Bearbeitung von Sachen, wie z. B. die Handwerksarbeiten, L. 13 §. 6. L. 60 §. 2. D. locati (19. 2). L. 12 §. 6. D. de usu et habit. (7. 8). L. 48 §. 4. D. de furtis (47. 2). Sehr häufig wird auch ein solches Werk, welches weder in der Hervorbringung, noch in der Bearbeitung einer Sache besteht, wie namentlich der Transport von Waaren, als Gegenstand einer operis locatio bezeichnet, L. 5 pr. D. ad exhib. (10. 4). L. 2 pr. L. 10 pr. D. de l. Rhodia (14. 2). L. 11 §. 3. L. 13 §. 1. L. 19 §. 7. L. 25 §. 7. D. locati (19. 2). Vergl. außerdem auch L. 1 pr. D. de act. aestimat. (19. 3). Weit enger begränzt v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 333 ff. den Begriff des opus. Er geht freilich bei der Bestimmung desselben von einem anderen Gesichtspunkt, dem der Untheilbarkeit der Leistung, aus. Die Untheilbarkeit dürfte aber als Regel für alle Fälle gelten, in welchen nicht die einzelnen operae, sondern ein bestimmtes, durch diese herbeizuführendes Resultat den eigentlichen Gegenstand der Obligation bildet. So kann z. B. auch bei einem verdungenen Transport der Regel nach eine Theilung der Leistung nach den einzelnen Meilen, welche zurückzulegen sind, nicht gemacht werden. — Daß übrigens die Untheilbarkeit der auf ein opus gerichteten Leistungen nicht ohne Ausnahmen gilt, darüber vergl. unten §. 17 Note 34.

26) Demgemäß werden hier die Hindernisse, welche nur die Person des Schuldners betreffen, regelmäßig nicht in Betracht kommen; doch können allerdings Ausnahmen eintreten. Eine solche dürfte wohl auch der Entscheidung in L. 10 §. 1. D. de lege Rhodia (14. 2) zu Grunde liegen. Der in dieser Stelle behandelte Fall ist folgender. Ein Schiffer hat sein Schiff zum Zweck eines Transports vermiethet, dessenungeachtet aber die Waaren des Befrachters in ein anderes Schiff umgeladen, welches demnächst mit diesen Waaren zu Grunde gegangen ist. Wenn der Schiffer selbst in seinem, zu diesem Behuf vermietheten Schiff den Transport vornehmen konnte, so hat er selbstverständlich wegen der Contractwidrigkeit des Umladens den Schaden zu erstatten; es sei denn, daß derselbe auch ohne die Vornahme dieser Handlung eingetreten wäre, wie z. B. wenn das eigene Schiff des Schiffers gleichfalls untergegangen ist. Dagegen wird eine Verpflichtung des Schiffers zum Schadensersatz nicht angenommen,

meisten Handwerksarbeiten. Käme es in diesen Fällen nur auf die Vollendung des opus an, so würde hier im Wesentlichen dasselbe gelten, wie in dem Fall, wenn die Obligation sich auf eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen bezieht. Es ist jedoch anerkannt, daß dies nicht genug ist; das opus muß in einem approbationsfähigen Zustande geliefert werden.

Demnach liegt hier ein Maßstab vor, welcher für die Güte und Brauchbarkeit der Arbeit eine weit größere Gewähr giebt, als der bloße Maßstab der Zeit. Zwar wird auch hier auf die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Arbeiters gesehen, indem auch die Arbeiten, denen die Approbation nicht versagt werden kann, von verschiedener Güte sein können; dies geschieht aber meistens nicht in der Weise, daß angenommen würde, der Arbeiter solle die Arbeit mit seinen eigenen Händen ausführen, sondern insofern, als man annehmen kann, daß er den Ruf seiner Tüchtigkeit, den zu bewahren er regelmäßig ein großes Interesse hat, nicht durch eine minder gute Arbeit aufs Spiel setzen wird.

Die am häufigsten vorkommenden Verträge dieser Art sind die Verträge mit Handwerkern. Daß hier der Handwerker die Arbeit mit eigenen Kräften beschaffe, davon kann in den meisten Fällen nicht die Rede sein; der Gläubiger kann aber in der Regel nicht einmal verlangen, daß der Schuldner durch seine eigenen Gesellen und Lehrlinge die Arbeit machen lasse; wie es denn auch vielfach vorkommt, daß bedeutendere Handwerker geringere für sich arbeiten lassen.

---

wenn er wegen unverschuldeter Hindernisse, welche seine Person oder sein Schiff betrafen, nicht segeln konnte. Insofern die Hindernisse das Schiff betrafen, erklärt sich dies ohne Schwierigkeit, da eben das bestimmte Schiff zum Transport gemiethet war. Dasselbe soll aber auch dann gelten, wenn die Hindernisse nur die Person des Schiffers betrafen, obgleich doch hier der Transport mittelst des gemietheten Schiffes, wenn auch nicht von dem Schiffer selbst, bewerkstelligt werden konnte. Diese Entscheidung läßt sich nicht wohl anders motiviren, als dadurch, daß angenommen wird, es habe nicht in der Absicht der Contrahenten gelegen, daß der Schiffer eventuell einem Fremden sein Schiff für die Reise anvertrauen solle, daß also der Vertrag so interpretirt wird, als ob der Schiffer sein Schiff nur vermiethet habe, um persönlich mit demselben den Transport auszuführen. Eine solche Auslegung wird aber bei Weitem nicht in allen Fällen, in welchen Jemand den Transport mittelst eines bestimmten Schiffes verdungen hat, zutreffen; die L. 10 §. 1. D. cit. dürfte jedoch insofern nicht ohne Bedeutung sein, als aus derselben hervorgeht, wie wichtig es ist, bei der Frage, ob die persönlichen Hindernisse zu berücksichtigen sind, immer die Umstände des concreten Falls in's Auge zu fassen.

Eine Bestätigung der aufgestellten Regel finden wir in mehreren Stellen des römischen Rechts. So heißt es in L. 31. D. *de solut.* (46. 3). *Ulp.* l. 7. Disputat.

„Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et *hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat:* fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum......“

In dieser Stelle wird die große Verschiedenheit der artifices anerkannt, dessenungeachtet aber die Unzulässigkeit der Vertretung nur für den Fall ausgesprochen, wenn ausdrücklich ausgemacht sei, daß der artifex die Arbeit mit eigenen Kräften ausführe. In Uebereinstimmung hiermit wird denn auch in andern Stellen anerkannt, daß derjenige, welcher die Ausführung eines opus übernommen, dasselbe auch durch Andere ausführen lassen könne.[27]) Eine Unterstützung findet diese Ansicht endlich in der L. un. §. 9. C. de caduc. toll. (6. 51).[28])

Die Leistung eines opus hat also in der Regel keinen persönlichen Charakter, so daß die Berücksichtigung der Hindernisse in der Person des Schuldners meistentheils ausgeschlossen sein wird; doch ist auch hier immer zugleich auf die Natur der Leistung und die besonderen Umstände des concreten Falls zu sehen.[29]) So ist z. B. oben schon bemerkt, daß diejenigen Leistungen, welche eine höhere künstlerische oder wissenschaftliche Befähigung voraussetzen, regelmäßig vom Schuldner persönlich vorzunehmen sind. — Ueberdies wird der

---

27) L. 12 §. 6. D. de usu et habit. (7. 8). L. 48. pr. D. locati (19. 2). L. 38 §. 21. D. de V. O. (45. 1). L. 2 §. 11. D. de adm. rer. ad. civ. p. (50. 8).

28) Die L. un. cit. kann für sich allein freilich keinen genügenden Beweis liefern. Während bei Verträgen derjenige, welcher einem Andern ein opus überträgt, regelmäßig darauf sehen wird, daß dieser Andere die zur Anfertigung der Arbeit nöthige Fähigkeit besitzt, wird dies in Testamenten vom Testator häufig nicht berücksichtigt werden, und in solchem Fall versteht es sich immer von selbst, daß der Onerirte das opus nicht persönlich auszuführen hat. Auf der andern Seite kann freilich bei letztwilligen Verfügungen auch eine ganz entgegengesetzte Rücksicht sich geltend machen. (Vergl. Note 23).

29) Nach L. 31. D. de solut. (46. 3) könnte man glauben, daß es immer einer ausdrücklichen Verabredung bedürfte; doch ist auf das Wort „specialiter“ nicht der Nachdruck zu legen. Thut man das nicht, so erklärt sich die Stelle leicht, da in der Regel bei Obligationen, welche auf ein opus gerichtet sind, die Vertretung nur in Folge ausdrücklicher Beredung ausgeschlossen sein wird.

Fall, daß der persönlich behinderte Schuldner gleichfalls außer Stande ist, für einen Vertreter zu sorgen, hier nicht völlig so selten eintreten, wie bei Sachleistungen, weil die letzteren keine besondere Befähigung in der Person desjenigen, welcher sie vornimmt, voraussetzen, während die Zahl der tauglichen Vertreter, wo es sich um Ausführung eines **opus** handelt, in der Regel beschränkter ist.

Darauf, ob die auf die Arbeit gerichtete Obligation eine **locatio conductio** oder ein anderer Contract oder eine **obligatio ex testamento** ist, kommt an sich nichts an. Doch kann, wie wir sogleich sehen werden, die Natur der Obligation, insonderheit der Umstand, daß die Leistung schenkungsweise versprochen ist, für die Auslegung des Vertrages im einzelnen Fall von Bedeutung sein.

Endlich haben wir noch zu untersuchen, inwiefern ausnahmsweise die Natur der Obligation eine Berücksichtigung der auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners sich beziehenden Hindernisse rechtfertigen kann, wo eine solche nach den allgemeinen Regeln nicht zugelassen werden könnte.

Von besonderer Wichtigkeit ist hier, ob die Leistung, um welche es sich handelt, unentgeltlich erfolgen soll, oder ob eine Gegenleistung bedungen ist. Im ersteren Fall wird man dem muthmaßlichen Willen des Schuldners eine größere Bedeutung beilegen müssen, und geneigt sein, die ihm günstigere Auslegung der Obligation anzunehmen. [30])

Dieses Moment der Unentgeltlichkeit findet sich als ein charakteristisches Merkmal namentlich bei Einer überaus wichtigen Obligation, welche auf ein Thun gerichtet ist, dem Mandat, und auf dieses werden wir uns in den nachfolgenden Bemerkungen beschränken können. [31])

---

30) In manchen Fällen wird man hier, ähnlich wie bei dem Mandat, annehmen müssen, daß der Schuldner wohl das Recht, nicht aber die Verpflichtung habe, sich vertreten zu lassen.

31) Außer dem Mandat haben noch zwei andere obligatorische Verhältnisse, die Societät und die Vormundschaft, eine individuelle Natur, wie wir denn auch oben (Note 3) eine daraus sich ergebende Folge angeführt haben. Doch treten hier in Ansehung der Berücksichtigung der persönlichen Hindernisse nicht derartige Ausnahmen ein, wie bei dem Mandat. Was nämlich

a) die Societät betrifft, so folgt allerdings aus dem Grunde, weshalb derselben eine persönliche Natur beigelegt ist („qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.“ Gajus III. §. 152. §. 5 I. de societate. 3. 25),

Bei dem Mandat wird nicht selten schon die Natur der aufgetragenen Geschäfte eine Vertretung ausschließen. Einen Fall dieser Art

daß dann, wenn ein socius Dienste als Beitrag versprochen hat, die Verpflichtung regelmäßig auf die persönliche Leistung dieser Dienste gerichtet ist; die Berücksichtigung der persönlichen Hindernisse folgt aber hier nicht aus der besonderen Natur der Obligation, sondern aus der Natur der Dienste, welche freilich zum Theil durch das obligatorische Verhältniß ihre nähere Bestimmung erhält. — Eine derartige Persönlichkeit der Leistung kann man nicht präsumiren, wenn von einem socius die Ausführung einzelner Geschäfte für die Societät übernommen ist; hier hat der oben angeführte Grund nur Einfluß auf den Grad der zu prästirenden culpa, falls der socius im Fall einer persönlichen Behinderung es unterlassen hat, das Geschäft durch einen Vertreter ausführen zu lassen, nicht aber auf die Bestimmung der Gränzen der Unmöglichkeit. — Die Theilnahme an der Administration der Societät endlich ist nur ein Recht des einzelnen socius, in dessen Ausübung er sich vertreten lassen kann; eine Verpflichtung dazu liegt ihm, wie man nach L. 16 pr. D. pro socio (17. 2) annehmen muß, überall nicht ob, es sei denn, daß er sie besonders übernommen habe.

b) bei der Vormundschaft trifft das Merkmal der Unentgeltlichkeit ebenso, wie bei dem Mandat, zu. Die Beschaffenheit der dem Vormund obliegenden Verpflichtung und das öffentliche Interesse, welches hier in höherem Grade sich geltend macht, haben jedoch eine andere Behandlung der persönlichen Hindernisse veranlaßt. — Daß der Vormund alle einzelnen Administrationshandlungen persönlich vornehme, ist fast bei jeder etwas umfassenderen Administration unthunlich; eben deshalb werden die persönlichen Hindernisse, sofern sie nur auf die Vornahme einzelner Administrationshandlungen sich beziehen, nicht berücksichtigt. — Machen dagegen die Hindernisse dem Vormund die persönliche Verwaltung im Ganzen unmöglich, so liegt ihm allerdings nicht die Verpflichtung ob, die Verwaltung unter seiner Verantwortlichkeit durch einen Andern fortführen zu lassen. Eine unmittelbare Befreiung von der Verantwortlichkeit tritt jedoch nur in Folge derjenigen Ereignisse ein, welche dem Vormund nicht nur die persönliche Verwaltung, sondern auch die Bestellung eines Vertreters unmöglich machen; so in Folge feindlicher Gefangenschaft (L. 4 §. 5. D. rem pupilli. 46. 6) und ohne Zweifel auch in Folge eintretenden Wahnsinns (L. 17. D. de tutelis. 26. 1.; vergl. auch L. 10 §. 3. D. de test. tut. 26. 2), obgleich der letztere freilich in einer Reihe von Stellen unter den Excusationsgründen aufgeführt wird (L. 10 §. 8. L. 12 pr. L. 40 pr. D. de excusat. 27. 1. L. un. C. qui morbo se excus. 5. 67). Abgesehen von diesen Fällen können die persönlichen Hindernisse regelmäßig nur als Excusationsgründe von dem Vormunde geltend gemacht werden; die Verpflichtung zur Administration dauert ungeachtet dieser Hindernisse fort, bis eine förmliche Entbindung von derselben stattgefunden hat. So lange letztere nicht erfolgt ist, können die gedachten Hindernisse nur insofern als Gründe einer wahren Unmöglichkeit berücksichtigt werden, als dem Vormund auch die Be-

bildet das **receptum arbitrii**, eine in den Quellen besonders hervorgehobene Art des Mandats. Die Natur der Obligation allein hat aber nicht die Folge, daß die zum Gegenstande derselben gemachte Leistung dadurch einen persönlichen Charakter annimmt; vielmehr ist es, abgesehen von den eben erwähnten Fällen, dem Mandatar regelmäßig gestattet, einen Andern zu substituiren. [32]) Dies ist aber nur ein Recht des Mandatars; es liegt ihm im Allgemeinen nicht zugleich die Verpflichtung ob, im Fall eigener Behinderung sich durch einen Andern vertreten zu lassen, und die damit verbundene Verantwortlichkeit wegen der Wahl des Substituirten zu übernehmen. Die Unentgeltlichkeit, welche ein wesentliches Merkmal des Mandats ist, würde es nicht rechtfertigen, dem Mandatar eine über die eigene Kraft hinausgehende Verpflichtung aufzubürden. [33])

Daraus folgt, daß die Hindernisse, welche dem Mandatar die persönliche Vornahme der Leistung unmöglich machen, auch dann, wenn die Leistung keinen persönlichen Charakter hat, zu berücksichtigen sind. [34]) Die Wirksamkeit der gedachten Hindernisse ist jedoch, damit sie die Interessen des Mandanten nicht gefährde, sehr erheblichen Beschränkungen unterworfen. Zunächst ist dem Mandatar die Verpflichtung auferlegt, im Fall einer persönlichen Behinderung dem Mandanten sogleich eine Anzeige zu machen, damit dieser die Handlung in eigener Person oder durch einen andern Vertreter vornehmen könne. Unterläßt der Mandatar die Anzeige, so wird auf das eingetretene Hinderniß keine Rücksicht genommen, es sei denn, daß ihm auch die Beschaffung einer Anzeige unmöglich war. [35]) Ferner haben wir die aus-

---

stellung eines Vertreters im einzelnen Fall unmöglich war; wie dies aus den allgemeinen Regeln (S. 65) sich ergiebt.

32) L. 8 §. 3. D. mandati (17. 1). L. 2 §. 1. D. si mensor. (11. 6).

33) Eine Ausnahme tritt selbstverständlich ein, wenn das übernommene Geschäft ein solches ist, daß der Mandatar es nicht allein oder überhaupt nicht persönlich ausführen kann. Hier ist allerdings im Zweifel anzunehmen, daß er sich verpflichtet hat, das Geschäft durch Andere auszuführen.

34) Dies wird freilich dadurch nicht bewiesen, daß dem Mandatar im Fall einer Krankheit das Recht, sich durch Renunciation von der ferneren Verantwortlichkeit zu befreien, eingeräumt wird, weil dieses Recht eine Unmöglichkeit der Leistung nicht voraussetzt. Doch scheint es nach L. 23. D. mandati (17. 1) in Verbindung mit L. 22 §. ult. D. eodem, als ob im Fall einer persönlichen Behinderung des Mandatars auch eine unzeitige Renunciation, wenigstens unter Umständen, entschuldigt wird. Vergl. auch Puchta, Pandekten §. 325 Note χ. — Wichtiger ist die L. 27 §. 2. D. eodem (Note 35).

35) L. 27 §. 2. D. mandati (17. 1). Daß diese Stelle sich auf eine in den per-

nahmsweise Berücksichtigung der persönlichen Hindernisse beim Mandat auf den Fall zu beschränken, wenn noch res integra ist. Für diese Beschränkung spricht die Analogie der für den Fall des Todes des Mandatars geltenden Bestimmungen (Note 3); überdies wird dieselbe durch einen Ausspruch des Paulus bestätigt, welcher freilich in die Justinianische Compilation nicht aufgenommen ist.[36])

Nach dem späteren römischen Recht konnte der Mandatar sich ein Honorar ausbedingen, ohne daß der Contract aufhörte, ein Mandat zu sein. Insofern hielt man jedoch an der Unentgeltlichkeit des Mandats fest, als man die Contractsklage (die actio mandati contraria) auf Zahlung des Honorars nicht zuließ, und so hat dieser Umstand auf die für das Mandat geltenden Regeln keinen Einfluß gehabt.

Heutzutage muß man das vom Mandatar bedungene Honorar als eine wahre Gegenleistung betrachten, und es dürfte sich daher wohl rechtfertigen, in den Fällen, in welchen ein Honorar gezahlt wird, eine strengere Verpflichtung eintreten zu lassen. Dies gilt namentlich für den Fall, wenn der Mandatar zwar behindert ist, die Handlung persönlich vorzunehmen und eine rechtzeitige Anzeige zu beschaffen, nicht aber eine andere geeignete Person zu substituiren.

Das Mandat begründet nicht nur Verpflichtungen zu Leistungen, welche in einem Thun bestehen, sondern auch Verpflichtungen zu Sachleistungen. So ist z. B. der Mandatar, wenn er für den Mandanten eine Sache bereits gekauft hat, zur Lieferung der Sache verpflichtet. Die obigen Bemerkungen haben für diese Sachleistungen keine Bedeutung; vielmehr kommen in Ansehung der letzteren, was die Gränzen der Unmöglichkeit betrifft, ganz dieselben Regeln zur Anwendung, wie für alle anderen Sachleistungen.[37])

---

sönlichen Verhältnissen des Mandatars begründete Unmöglichkeit bezieht, ergiebt sich aus der Art und Weise, wie die Verpflichtung des Mandatars zur Beschaffung einer Anzeige motivirt wird („ut is [mandator], si velit, alterius opera utatur"). Zugleich wird nicht darauf Gewicht gelegt, ob es dem Mandatar selbst unmöglich war, einen Vertreter zu bestellen, sondern nur darauf, ob er die Anzeige beschaffen konnte.

36) Paulus, R. S. II. tit. 15 §. 1.

37) Auf diese äußert auch die individuelle Natur des obligatorischen Verhältnisses keinen Einfluß. So beziehen sich gleichfalls bei der Vormundschaft und der

§. 9.
Leistungen dritter Personen.

Nicht selten wird unter den wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksamen Verpflichtungen auch diejenige aufgezählt, welche auf die Leistung eines Dritten gerichtet ist. [1])

Der wahre Grund der Unwirksamkeit dieser Verpflichtungen liegt, wie schon von Anderen [2]) ausgeführt ist, nicht in einer vom Recht angenommenen Unmöglichkeit der Leistung, sondern in der Natur des obligatorischen Vertrages im Allgemeinen, indem dieser nur Rechte und Pflichten für die Contrahenten begründen kann. Der Dritte, dessen Leistung versprochen ist, kann durch diese Obligation nicht Schuldner werden; er hat nicht contrahirt. Derjenige, welcher contrahirt hat, hat aber nicht die Absicht gehabt, sich selbst zu verpflichten. [3])

Eben deshalb ist das Versprechen einer fremden Leistung durchaus gültig, wenn es vorliegt, daß der Schuldner durch dieses Versprechen sich selbst hat verpflichten wollen, z. B. wenn die Bewirkung einer fremden Leistung versprochen ist. [4]) In manchen Fällen wird dies als

---

Societät die Wirkungen, welche dem Tode des Verpflichteten beigelegt sind, durchaus nicht auf die Verpflichtung des Vormundes zur Restitution des von ihm verwalteten Vermögens und die Verpflichtung des socius zur Mittheilung des für die Societät Erworbenen.

1) Dies geschieht z. B. noch von Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 100. — Puchta, Pandekten §. 256 erklärt die Ungültigkeit der zur Frage stehenden Verbindlichkeit daraus, daß die Möglichkeit der Disposition ein allgemeines Erforderniß des Inhalts eines Rechtsgeschäfts sei. Eine derartige allgemeine Regel dürfte sich aber schwer mit den Bestimmungen vereinigen lassen, welche das römische Recht über die Gültigkeit des Versprechens einer res aliena enthält.

2) Vergl. namentlich Donellus, comment. lib. XII. cap. 19.

3) L. 83 pr. D. de V. O. (45. 1). „Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur: itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur...... —“

4) §. 3. I. de inut. stip. (3. 19). Von dem Versprechen der Bewirkung einer fremden Handlung ist wohl zu unterscheiden das Versprechen, sich bemühen zu wollen, daß ein Dritter eine Handlung vornehme; in dem letzten Fall ist nicht die Handlung des Dritten, sondern die Bemühung des Schuldners Gegenstand der Obligation; diese Obligation kann vollständig erfüllt werden, wenn auch der Dritte keinen Schritt zur Vornahme der Handlung thut. — Ebenso wenig gehört der Fall hierher, wenn das Nichterfolgen der fremden Handlung zur Bedingung für das Versprechen einer Conventionalstrafe gemacht ist; hier ist die fremde Handlung gleichfalls nicht der Gegenstand der Obligation. Die

die Absicht des Schuldners angenommen, wenn das Versprechen auch nicht ausdrücklich auf das Bewirken der Handlung, sondern nur schlechthin auf die Leistung des Dritten gerichtet ist. [5])

Die Bewirkung der Leistung eines Dritten ist also nicht als eine unmögliche Leistung zu betrachten, eben so wenig, wie die Uebertragung des Eigenthums an einer fremden Sache. Ja selbst dann wird eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anerkannt, wenn der Dritte, dessen Leistung versprochen ist, sich weigert, dieselbe vorzunehmen, z. B. wenn der Procurator, welcher die Ratihabition des dominus versprochen hat, dieses Versprechen nicht erfüllen kann, weil der dominus die Ratihabition verweigert. [6])

Dagegen ist eine Unmöglichkeit anzunehmen, wenn die Leistung auch für den Dritten unmöglich ist, z. B. wenn die Sache, auf welche die versprochene Leistung des Dritten gerichtet war, nicht existirt u. s. w.

Die einzelnen Gründe der Unmöglichkeit hier näher auszuführen, ist unnöthig; es genügt im Allgemeinen eine Verweisung auf die in den vorhergehenden §§. entwickelten Grundsätze. Wir beschränken uns auf eine kurze Betrachtung derjenigen Hindernisse, welche dem Dritten die persönliche Vornahme der Handlung unmöglich machen, da mehrere Entscheidungen in den Quellen sich eben darauf beziehen, und wir in denselben eine Bestätigung des im vorigen §. Ausgeführten finden.

Ist die zum Gegenstand der Obligation gemachte Leistung des Dritten eine Sachleistung, so werden die Hindernisse, welche die Person des Dritten betreffen, im Allgemeinen nicht berücksichtigt. So wird z. B., wenn Jemand cavirt hat, daß ein Verurtheilter die Condemnations-Summe zahle, der Tod des Verurtheilten nicht als Grund einer wahren Unmöglichkeit der Leistung angesehen. [7])

Dagegen ist, wenn die bedungene Leistung des Dritten in einem

---

auf die Conventionalstrafe gerichtete Verpflichtung kann jedoch auch als accessorische Verpflichtung neben einer auf Bewirkung der fremden Handlung gerichteten Hauptobligation vorkommen, wie z. B. in L. 69. D. de V. O. (45. 1).

5) So z. B. bei dem Versprechen, daß ein Anderer sich vor Gerichte sistire, und bei der cautio, ratam rem dominum habiturum. L. 81 pr. D. de V. O. (45. 1). L. 19. D. ratam rem (46. 8).

6) L. 14. 18. D. ratam rem (46. 8). Ein anderes Beispiel ist mitgetheilt in L. 14 §. 2. D. de pec. const. (13. 5).

7) L. 5 pr. D. qui satisdare (2. 8).

Thun besteht, zu unterscheiden, ob die Leistung einen persönlichen Charakter hat oder nicht. Als Beispiele kommen in den Quellen vor: die Sistirung eines Dritten vor Gericht und die vom Procurator versprochene Ratihabition des **dominus**. Im ersten Fall werden die Hindernisse, welche auf die Person des Dritten sich beziehen, wie der Tod und die nothwendige Abwesenheit, allgemein als Gründe einer wahren Unmöglichkeit anerkannt. [8]) Für den zweiten Fall ist dies nicht in gleicher Ausdehnung anzunehmen. Die Ratihabition ist freilich eine Handlung, welche mit rechtlicher Bedeutung nur von der bestimmten Person des **dominus** vorgenommen werden kann. Doch gilt dies nur, so lange dieser **dominus** lebt; nach seinem Tode kann der Erbe die Handlung eben so gültig vornehmen. Deshalb werden temporäre Hindernisse in der Person des **dominus**, in Folge deren er z. B. nicht zu der vom Procurator zugesagten Zeit ratihabiren kann, unter Umständen zu berücksichtigen sein; der Tod des **dominus** kann aber nicht als Grund einer Unmöglichkeit der Leistung gelten. [9])

Im Allgemeinen werden die Hindernisse in der Person des Dritten in demselben Umfange zu berücksichtigen sein, in welchem dies hätte geschehen müssen, wenn dem Dritten selbst die Verpflichtung zu der Leistung obgelegen hätte, — nur selbstverständlich mit dem Unterschiede, daß die Natur der Obligation hier keinen Einfluß äußert. [10]) Doch

---

8) L. 6. D. si quis caution. (2. 11). L. 69. D. de V. O. (45. 1). L. 4. D. qui satisdare (2. 8).

9) Nach römischem Recht konnte zwar, wenn die Stipulation nur auf die Ratihabition durch den dominus lautete, aus der Stipulation selbst keine Klage gegeben werden, weil man sich strenge an die Worte hielt; man ertheilte jedoch eine Klage aus der doli clausula, welche den prätorischen Stipulationen regelmäßig hinzugefügt wurde, und der Stipulationsklage in vielen Beziehungen die Natur einer freien Klage mittheilte (v. Savigny, System V. S. 495 ff.). Dies galt selbst dann, wenn nicht bloß im Allgemeinen versprochen war, der dominus solle ratihabiren, sondern wenn die Stipulation auf den bestimmten Namen des augenblicklichen dominus lautete: Lucium Titium ratum habiturum. Nur dann wird selbstverständlich eine Ausnahme gemacht, wenn die Parteien absichtlich der Erben nicht erwähnt haben, indem es ihnen nur um die Ratihabition des augenblicklichen dominus zu thun ist. L. 22 §. 7. D. ratam rem (46. 8).

10) Die Natur der Obligation kann insofern von Bedeutung sein, als aus derselben gefolgert werden kann, daß überall nicht die Leistung des Dritten, sondern nur die auf die Bewirkung dieser Leistung gerichtete Bemühung des Schuldners (Note 4) den Gegenstand der Obligation bildet. Siehe oben S. 57 und 58. Im Obigen ist aber von dem letzteren Fall, in welchem auch

kann eben der Umstand, daß ein Anderer die Handlung versprochen hat, als derjenige; von welchem sie vorzunehmen ist, mitunter eine abweichende Beurtheilung motiviren. Ein Beispiel mag dieses darthun.

Wenn Jemand eine Bürgschaft zu übernehmen verspricht, so ist es im Zweifel die Absicht, daß die Bürgschaft eben in der bestimmten Person des Schuldners begründet werden soll; ebenso geht die Absicht der Contrahenten auf die bestimmte Person des Dritten, wenn versprochen ist, daß ein Dritter für den Schuldner Bürgschaft leisten soll. — Die Persönlichkeit des Bürgen kommt aber besonders wegen des Vermögens, welches er repräsentirt, in Betracht; deshalb nehmen wir an, daß der Tod des Schuldners die Verpflichtung zur Uebernahme der Bürgschaft regelmäßig nicht aufhebt, sondern daß dieselbe auf den Erben übergeht (§. 8 Note 18). Anders ist es, wenn die Verbürgung eines Dritten versprochen ist; hier wird der Tod des Dritten als Grund einer wahren Unmöglichkeit angesehen. [11]) Zwar wird für den Gläubiger auch hier die Persönlichkeit des Dritten nur wegen des von demselben repräsentirten Vermögens in Betracht kommen; es überwiegt jedoch die Rücksicht auf den Schuldner. Was den Letzteren bewogen, die Bürgschaft gerade dieser Person zu versprechen, werden regelmäßig persönliche Beziehungen zum Dritten sein, welche nicht, wie das Vermögen, auf den Erben übergehen.

---

§. 10.

In den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit.

Im Bisherigen haben wir die Unmöglichkeit betrachtet, welche in dem Gegenstand der Obligation und in den Verhältnissen des Schuldners begründet ist. Auf die Person des Gläubigers und dessen Verhältniß zur Leistung ist dabei im Allgemeinen keine Rücksicht genommen. Damit jedoch die Leistung geschehe, ist häufig [1]) eine Mitwirkung des

---

die Weigerung des Dritten als Grund einer Unmöglichkeit gilt, nicht die Rede; vielmehr ist vorausgesetzt, daß die Obligation wirklich auf Bewirkung der Leistung des Dritten geht, daß also diese Leistung den Gegenstand der Obligation bildet.

11) L. 14 §. 2. D. de pec. const. (13. 5).

1) Manche Verpflichtungen können auch ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllt werden, so namentlich viele auf ein bloßes Thun gerichtete Verpflichtungen,

Gläubigers erforderlich, nämlich die *Annahme*.[2]) Wird in einem solchen Falle die Leistung von dem Gläubiger nicht angenommen, so ist der Schuldner außer Stande, die Obligation zu erfüllen, da er einem Andern, als dem Gläubiger, ohne dessen Willen die Leistung nicht gültig beschaffen kann.

Die Nichtannahme der Leistung kann in dem *Willen* des Gläubigers ihren Grund haben, oder darin, daß er die Leistung nicht annehmen *kann*; die Hindernisse, welche der Annahme entgegenstehen, können ferner factische oder rechtliche sein. Alle diese Fälle stehen sich insofern gleich, als die Nichtannahme von Seiten des Gläubigers, sofern die Beschaffung der Leistung durch eine Annahme derselben bedingt ist, immer als Grund einer wahren Unmöglichkeit der Leistung betrachtet wird; im Uebrigen haben dieselben eine sehr verschiedene Natur, und eben daraus erklärt es sich, daß man gewöhnlich nicht in dieser Ausdehnung von einer Unmöglichkeit der Leistung spricht.

Wir betrachten zunächst die Fälle, in welchen die Nichtannahme der Leistung in dem *Willen des Gläubigers* oder in *factischen Hindernissen* ihren Grund hat. Die letzteren werden am häufigsten vorkommen, wenn ein vom Wohnort des Gläubigers entfernter Erfüllungsort durch die Obligation festgesetzt ist. Als Beispiel wird angeführt, daß der Gläubiger durch Krankheit oder Ungewitter abgehalten ist, zur bestimmten Zeit am Erfüllungsort zu erscheinen.[3]) — Hierher sind ferner auch diejenigen Fälle zu zählen, in welchen die Leistung wegen Handlungsunfähigkeit des Gläubigers nicht in der Weise beschafft werden kann, daß dadurch der Schuldner befreit wird, z. B. wenn der Gläubiger wahnsinnig geworden und ihm noch kein Vormund bestellt ist, oder wenn die, für den handlungsunfähigen Gläubiger angeordnete Vormundschaft vor eingetretener Handlungsfähigkeit desselben aufgehört hat, und die Bestellung eines neuen Vormundes noch nicht erfolgt ist. Auch in diesen Fällen wird, obgleich die Annahme

---

z. B. die vom Mandatar übernommene Verpflichtung, eine Geschäftsreise für den Mandanten zu machen, die Verpflichtung des Vormundes zur Administration.

2) Unter Umständen kann die Beschaffung der Leistung auch von gewissen Voraussetzungen, für deren Eintreten der Gläubiger einzustehen hat, abhängig sein, z. B. davon, daß der Gläubiger das Material zur Arbeit liefert. Diesen Fall, von welchem oben die Rede gewesen ist, schließen wir hier aus.

3) L. 18 pr. D. de pec. const. (13. 5).

nicht physisch unmöglich ist, und dem Gläubiger die Bereitwilligkeit zu derselben vielleicht gar nicht fehlt, eine Unmöglichkeit der Leistung anerkannt. [4])

Die Hindernisse, um welche es sich hier handelt, haben das Gemeinsame, daß sie regelmäßig erst nach Entstehung des obligatorischen Verhältnisses sich geltend machen können. Völlig klar ist dies für den Fall der verweigerten Annahme. Aber auch ein anderes factisches Hinderniß wird nicht leicht schon im Augenblick der Begründung der Obligation der Annahme entgegenstehen, indem regelmäßig die Begründung der Obligation eine Mitwirkung des Gläubigers voraussetzt, welche nicht geringer ist, als diejenige, welche zur Annahme der Leistung erfordert wird. [5])

Durch die erwähnten Hindernisse wird also in der Regel nur eine nachfolgende Unmöglichkeit herbeigeführt werden; zudem ist die Unmöglichkeit, da diese Hindernisse nur in sehr seltenen Fällen eine dauernde Natur haben, meistens eine zeitweilige.

Aus diesen Gründen zeigen sich die Wirkungen der hier zur Frage stehenden Unmöglichkeit namentlich in der Ausschließung der nachtheiligen Folgen, welche die nicht geschehene Erfüllung sonst für den Schuldner gehabt haben würde. [6]) Abgesehen davon werden in der Regel besondere Folgen der Unmöglichkeit als solcher nicht eintreten, da die meisten Obligationen nicht in der Art an eine bestimmte Zeit gebunden sind, daß sie nicht auch später noch erfüllt werden könnten. [7])

Nur ausnahmsweise kann in Folge der erwähnten Hindernisse eine völlige Unmöglichkeit der Leistung eintreten. Zunächst dann, wenn die Leistung an eine bestimmte Zeit gebunden ist, so daß sie nur zu dieser, nicht aber später erfolgen kann. Bei dieser Art der Leistungen nimmt,

---

4) Mit Beziehung auf einen solchen Fall heißt es in L. 17 §. 3. D. de usuris (22. 1) von dem Schuldner: „qui solvere, etiam si vellet, non potuit."

5) Ausnahmsweise kann ein Anderes vorkommen; so namentlich, wenn ein Handlungsunfähiger ohne Vormund sich eine Leistung versprechen läßt. Außerdem werden in den Quellen Fälle sogleich vorhandener factischer Hindernisse bei Vermächtnissen erwähnt, wo sie insofern leichter eintreten können, als hier der Gläubiger bei der Begründung des obligatorischen Verhältnisses nicht thätig ist.

6) L. 23 §. 1. D. de receptis (4. 8). L. 18 pr. D. de pec. const. (13. 5). L. 17 §. 3. D. de usuris (22. 1).

7) Vergl. besonders L. 23 §. 1. D. de receptis (4. 8). Deshalb bewirkt auch die Mora des Gläubigers regelmäßig keine völlige Befreiung des Schuldners; vergl. z. B. L. 3 §. 4. D. de act. empti (19. 1). L. 5. 17. D. de periculo (18. 6).

wie wir unten (§. 19) sehen werden, die zeitweilige Unmöglichkeit den Charakter einer völligen Unmöglichkeit an. — Fälle solcher Leistungen kommen bei einseitigen Obligationen sehr selten vor. Dagegen findet sich unter den gegenseitigen Obligationen ein sehr wichtiger Contract, welcher gewöhnlich in der angegebenen Weise abgeschlossen wird, die Sachen- und Dienstmiethe. Hat Jemand z. B. ein Haus für die Zeit vom ersten Mai bis zum ersten Juni gemiethet, oder einen Arbeiter für diese Zeit angenommen, und unterläßt es nachher, die Wohnung zu beziehen oder die gemietheten Dienste zu benutzen, so kann die Leistung nicht nachher verlangt werden; es tritt hier in Folge der Nichtannahme eine völlige Unmöglichkeit der Leistung und demgemäß eine vollständige Befreiung des Vermiethers von seiner Verpflichtung ein.[8])

Ferner kann namentlich der Tod des Gläubigers eine völlige Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben, wenn dieselbe eine solche persönliche Beziehung auf den Gläubiger hat, daß sie selbst mit dem Willen desselben nicht an eine andere Person erfolgen kann, ohne zugleich eine andere Leistung, als die zum Gegenstand der Obligation gemachte, zu werden. Dies gilt, wenn die Obligation auf demnächstige Eingehung eines rein persönlichen Verhältnisses, z. B. einer Ehe,[9]) einer Societät, eines Mandats gerichtet ist. Die mit einer andern Person, sei es auch dem Erben eingegangene Ehe oder Societät würde nicht diejenige sein, auf welche die Obligation gerichtet ist. In den zuletzt erwähnten beiden Fällen werden übrigens regelmäßig beide Theile zugleich Schuldner sein, und dann gilt rücksichtlich eines Jeden von ihnen das, was oben über die in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründete Unmöglichkeit bemerkt ist.[10]) Außerdem kann

8) L. 19 §. 9. L. 55 §. 2. D. locati (19. 2); vergl. auch unten Note 12.

9) Ueber die wahre Natur des auf demnächstige Eingehung einer Ehe gerichteten Vertrages s. oben §. 8 Note 9.

10) Nicht zu verwechseln sind hiermit die Fälle, in welchen das obligatorische Verhältniß, auf welches die Verpflichtung zu einzelnen Leistungen sich gründet, z. B. das Mandat, die Tutel durch den Tod oder eine andere Veränderung in den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers oder Pupillen aufgehoben wird, und in Folge davon die Verpflichtung zur fernern Beschaffung gewisser Leistungen für den Schuldner hinwegfällt. — Gerade diejenigen Leistungen, in Ansehung deren dies der Fall ist, z. B. die fernere Administration des Vormundes, die vom Mandatar übernommene Abschließung von Geschäften mit Dritten u. s. w., setzen regelmäßig eine Mitwirkung des Gläubigers zu ihrer Ausführung nicht voraus, und können daher auch nach dem Tode des Gläubigers noch vorgenommen werden; ja der Schuldner ist unter Umständen sogar verpflichtet, sie nachher noch auszuführen; vergl. L. un. C. ut causae post

man einige Dienstverträge des heutigen Rechts, z. B. den Gesindevertrag hierher zählen, doch gilt das nicht ohne Beschränkung; auch lassen sich diese Verträge, da ihre Ausbildung ganz dem deutschen Recht angehört, nicht nach römischen Rechtsprincipien beurtheilen, und liegen daher außer dem Kreise unserer Betrachtung. [11])

Blicken wir jetzt auf die Wirkungen derjenigen Hindernisse der Leistung zurück, welche wir bisher betrachtet haben, so erklärt es sich, daß dieselben gewöhnlich nicht als Gründe einer Unmöglichkeit aufgeführt werden. Die in diesen Fällen eintretende Unmöglichkeit ist nämlich in der Regel nur eine zeitweilige, durch welche die Verpflichtung selbst nicht aufgehoben wird. Daß der Schuldner, dessen Leistung durch die in dem Willen oder in factischen Verhältnissen des Gläubigers begründeten Hindernisse, verzögert oder völlig unmöglich geworden ist, deswegen nicht in Anspruch genommen werden kann, versteht sich überdies so sehr von selbst, daß es einer besondern Motivirung nicht bedarf. Während so die Frage wegen der eigentlichen Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung fast ganz zurücktritt, tritt dagegen eine andere Frage sehr in den Vordergrund, nämlich die, ob der Gläubiger, insofern dem Schuldner durch die Verzögerung oder gänzliche Verhinderung der Leistung ein Schaden entstanden ist, diesen zu ersetzen verpflichtet ist. [12]) Für die Beantwortung dieser Frage kommt es aber nicht so

---

pubert. (5. 48). L. 15. C. mandati (4. 35). Der Grund der Aufhebung der Verpflichtung liegt also hier durchaus nicht in einer Unmöglichkeit der Leistung.

11) Die im römischen Recht vielfach erwähnten operae officiales der Freigelassenen hatten gleichfalls eine solche Beziehung auf den Gläubiger, daß sie, ohne ihre Natur zu ändern, einer andern Person nicht geleistet werden konnten; s. L. 9 §. 1. L. 40. D. de operis libert. (38. 1), womit jedoch L. 25—27. D. eod. zu vergleichen. Doch war es hier nicht so sehr die Person des Gläubigers, welche in Betracht kam, als vielmehr die rechtliche Stellung desselben als Patron. Eben deshalb fiel die Verpflichtung zur Leistung der operae officiales nur dann mit dem Tode des Gläubigers für den Freigelassenen hinweg, wenn kein Erbe da war, auf welchen das Patronatrecht hätte übergehen können. L. 29. D. eod. Das Hinderniß der Leistung ist also in diesem Fall nicht sowohl ein factisches, als vielmehr ein rechtliches, der Mangel der zur Annahme der Leistung nöthigen rechtlichen Stellung in der Person des Erben.

12) Deshalb wird in L. 19 §. 9 und L. 55 §. 2. D. locati (19. 2) namentlich untersucht, ob der Miether schuldig sei, ungeachtet die Leistung nicht erfolgt ist, die Gegenleistung zu beschaffen. Die Gegenleistung kommt hier aber, wie aus dem Inhalt der Stellen klar hervorgeht, nicht als Gegenleistung, sondern als das Interesse wegen der durch die Nichtannahme herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung in Betracht.

sehr auf die Unmöglichkeit der Leistung, als vielmehr darauf an, ob dem Gläubiger die Annahme der Leistung wahrhaft unmöglich war.[13])

Die rechtlichen Hindernisse, zu welchen wir uns jetzt wenden, können sich, da das Recht Niemandem die Fähigkeit, die Vortheile, welche durch Obligationen gewährt werden können, zu erwerben, völlig abspricht, nur auf die Beschaffenheit der im concreten Fall bedungenen Leistung und das Verhältniß des Gläubigers zu dem Gegenstande derselben gründen.[14]) Die Leistung ist hier an sich möglich, aber so beschaffen, daß eben die bestimmte Person, welche durch die Obligation als Gläubiger bezeichnet ist, sie nicht erhalten kann. Der Grund kann darin liegen, daß dem Gläubiger die persönliche Rechtsfähigkeit, welche zur Annahme der im concreten Fall festgesetzten Leistung nöthig ist, fehlt, oder darin, daß er das Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits hat.

Die angeführten Hindernisse kommen nicht nur als Gründe einer

---

13) Insofern die Nichtannahme der Leistung auf den Willen des Gläubigers als Grund zurückgeführt werden kann (mora creditoris), hat der Schuldner immer ein Recht, das Interesse wegen der verzögerten oder verhinderten Erfüllung der Obligation zu verlangen. Dies gilt nicht nur, wenn der Gläubiger die Annahme ausdrücklich verweigert hat, sondern ebenso sehr, wenn er annehmen konnte, z. B. im Fall persönlicher Behinderung durch Bestellung eines Vertreters, und doch die Annahme unterlassen hat. Die Entscheidung in der L. 19 §. 9. D. locati (19. 2), welche allerdings weiter zu gehen scheint, ist auf die Fälle der locatio operarum und der in dieser Beziehung gewiß gleich zu behandelnden Sachenmiethe zu beschränken; vergl. unten §. 29 u. bes. §. 30. — Vorausgesetzt ist hierbei selbstverständlich, daß der Schuldner die Leistung gehörig offerirt, oder, wo eine eigentliche Oblation nicht erforderlich, sich thatsächlich zur Leistung bereit gezeigt hat. Denn der Wille des Gläubigers allein, als eine rein innere Thatsache, kann eine Entschädigungsklage nicht begründen. — Bei einseitigen Obligationen wird übrigens, insofern durch die Nichtannahme der Leistung ausnahmsweise eine völlige Unmöglichkeit herbeigeführt ist, von einer Entschädigung nicht leicht die Rede sein können. Vergl. §. 7 Note 12.

14) Nach römischem Recht waren allerdings einige Menschen, wie die Sclaven und in der früheren Zeit auch die Hauskinder, unfähig, für sich selbst etwas zu erwerben; da sie jedoch Alles, auch die Forderungsrechte, dem Herrn oder pater familias erwarben, so konnte selbst diese Unfähigkeit allein keine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben.

nachfolgenden Unmöglichkeit vor, sie können eben sowohl eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit begründen. Die Unmöglichkeit ferner, welche durch dieselben herbeigeführt wird, ist regelmäßig eine dauernde. In beiden Beziehungen unterscheiden sie sich von denjenigen Hindernissen der Annahme, deren wir bisher gedacht haben, und eben aus dieser Verschiedenheit erklärt es sich, daß wir in den Quellen nur die Fälle, mit welchen wir es jetzt zu thun haben, nicht aber die übrigen Fälle einer in den Verhältnissen des Gläubigers begründeten Unmöglichkeit mit Fällen objectiver Unmöglichkeit der Leistung zusammengestellt finden. Bemerkenswerth ist hierbei, daß in diesen Fällen immer geradezu von einer Unmöglichkeit der L e i s t u n g gesprochen wird.

Wegen mangelnder Rechtsfähigkeit des Gläubigers wird eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, wenn Jemand sich eine Sache versprechen läßt, welche er wegen des in Ansehung derselben ihm fehlenden commercium nicht erwerben kann, [15]) ferner wenn die Leistung einer Prädialservitut versprochen ist für ein Grundstück, welches dem Gläubiger nicht gehört. [16])

Bei Obligationen auf ein Thun kann eine solche Unmöglichkeit gleichfalls vorkommen. So war z. B. die Leistung der Dienste eines Comes Legati unmöglich, wenn derjenige, welchem diese Dienste versprochen waren, ein bloßer Privatmann war, oder wenn der Legatus, der sich die Dienste hatte versprechen lassen, später sein Amt verlor. Auch der Tod des Legatus bewirkte eine wahre Unmöglichkeit der Leistung, weil die rechtliche Stellung, welche der Gläubiger einnehmen mußte, damit die Leistung an ihn geschehen konnte, auf den Erben nicht überging. [17]) — In diesen Fällen liegt zugleich eine wahre Unmöglichkeit der Annahme der Leistung vor, und deshalb ist es wichtig, dieselben von denjenigen Fällen zu unterscheiden, in welchen die Leistung nur eine besondere factische Stellung des Gläu-

---

15) §. 2. I. de inut. stip. (3. 19). L. 34. D. de V. O. (35. 1).

16) Fr. Vat. §. 56. L. 98 pr. D. de V. O. (45. 1). In der letzten Stelle wird die Stipulation einer Prädialservitut für einen dem Stipulator nicht gehörigen fundus der stipulatio rei suae, von welcher weiterhin die Rede sein wird, gleichgestellt, und somit die Unmöglichkeit der Leistung anerkannt.

17) Die Verpflichtung des Comes Legati zu fernerer Dienstleistung würde freilich, auch abgesehen davon, durch den Tod des Legatus aufgehoben sein, weil das Verhältniß als Mandat betrachtet wurde. Das erwähnte Beispiel findet sich erörtert in L. 4. D. de off. adsess. (1. 22) und L. 19 §. 10. D. locati (19. 2). S. jedoch auch die folgende Note.

bigers voraussetzt.[18]) Hat z. B. Jemand, der nicht Kaufmann ist, mit einem Handlungscommis als solchem einen Dienstvertrag abgeschlossen, so setzt zwar die Benutzung der bedungenen Dienste voraus, daß der Gläubiger ein Handlungsgeschäft habe; eine wahre Unmöglichkeit der Benutzung dieser Dienste liegt aber nicht vor. Ebenso wenig tritt eine solche ein, wenn ein Kaufmann vor Ablauf des mit seinem Commis abgeschlossenen Dienstvertrages stirbt und einen Erben hinterläßt, welcher nicht Kaufmann ist. — Der Unterschied bezieht sich aber nur auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Annahme; die versprochene Dienstleistung ist auch in den zuletzt erwähnten Fällen unmöglich, wenn der Gläubiger kein Handlungsgeschäft anlegt, oder der Erbe sich nicht entschließt, das Geschäft des Erblassers fortzusetzen.

Eine in den rechtlichen Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit liegt ferner vor, wenn der Gläubiger dasjenige Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits hat. Wenn wir nur auf die Verhältnisse des Schuldners sehen, so ist hier so wenig, wie überhaupt bei Leistungen fremder Sachen, eine Unmöglichkeit anzunehmen. Die Leistung ist aber so beschaffen, daß sie an den Gläubiger nicht erfolgen kann, denn „id, quod alicujus est, ei dari non potest.“ [19])

Auch dieser Fall wird den Fällen objectiver Unmöglichkeit völlig gleichgestellt. Es kommt hier aber darauf an, daß das Recht, dessen Uebertragung zum Gegenstande der Obligation gemacht ist, identisch sei mit demjenigen, welches der Gläubiger bereits hat. Dazu ist nöthig, daß der Vertrag auf individuell bestimmte Sachen gerichtet ist.[20])

Dasjenige Beispiel, welches in den Quellen besonders erwähnt wird, ist die Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, welche dem Gläubiger bereits gehört.[21]) Dem steht gleich die vom Verkäu-

18) Die Unterscheidung ist nämlich, wie aus dem früher Bemerkten hervorgeht, von Bedeutung für die Frage, ob der Gläubiger wegen der für den Schuldner eintretenden Unmöglichkeit der Leistung zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Entscheidung in dem oben angeführten Beispiel stimmt freilich nur theilweise damit überein. Der Comes Legati kann zwar, wenn der Legatus abberufen wird, keine Entschädigung verlangen, wohl aber, wenn derselbe stirbt. Vergl. die in der vorigen Note citirten Stellen.

19) Gajus III. §. 99. §. 10. I. de legatis (2. 20). §. 14. I. de act. (4. 6).

20) L. 34 §§. 3. 5. 6. D. de leg. 1 (30). L. 66 §§. 1—3. L. 87 pr. D. de leg. 2 (31).

21) §. 2. I. de inut. stip. (3. 19). L. 1 §. 10. D. de O. et A. (44. 7). §. 10. I. de legatis (2. 20).

ser übernommene Lieferung einer im Eigenthum des Käufers stehenden Sache. Ein wahres habere licere kann demjenigen nicht prästirt werden, dem das habere bereits zukommt. Die emptio rei suae wird daher eben so, wie die stipulatio rei suae, als unwirksam betrachtet.[22])

Eine gleiche Unmöglichkeit ist vorhanden, wenn Jemand ein anderes dingliches Recht, als das Eigenthum, zu übertragen verspricht, insofern dieses dingliche Recht dem Gläubiger bereits zusteht, möge er es nun als ein gesondertes Recht haben, z. B. den Ususfruct an einem fremden Grundstück, oder als Bestandtheil seines Eigenthums an der Sache, z. B. den Usufruct an einer ihm gehörigen Sache. Ja selbst dann wird eine Unmöglichkeit angenommen, wenn die Benutzung einer Sache, welche im Eigenthum des Gläubigers sich befindet, diesem nicht als ein jus in re, sondern als ein persönliches Recht versprochen wird, wie dies bei der Miethe der Fall ist.[23])

Diese Ausdehnung der Unmöglichkeit ist von Bedeutung auch für die Realcontracte. Ist die Uebertragung eines persönlichen Rechts an den Eigenthümer unmöglich, insofern die durch dieses Recht gewährten Vortheile ihm als Eigenthümer bereits zukommen, so kann auch die Hingabe einer Sache an den Eigenthümer, damit er eine rechtlich ihm bereits zustehende Detention oder Benutzung derselben erlange, nicht als eine wahre Hingabe betrachtet werden, mithin einen Realcontract nicht begründen. Daraus erklärt es sich, daß das depositum, pignus, commodatum, precarium rei suae unwirksam sind.[24])

Wie oben bemerkt, ist die Unmöglichkeit der Leistung bedingt durch die Identität des dem Gläubiger bereits zustehenden Rechts mit demjenigen, auf welches die Obligation gerichtet ist. — Deshalb kann von

---

22) L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17). L. 4. 10. C. de contr. empt. (4. 38).

23) L. 20. C. de locato (4. 65). L. 21. D. de usurp. (41. 3). L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17).

24) L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17). L. 15. L. 31 §. 1 i. f. D. depositi (16. 3). Der Grund der Unwirksamkeit liegt nicht darin, daß die Restitution unmöglich wäre, sondern darin, daß keine wirkliche Hingabe erfolgt, also kein Realcontract zu Stande gekommen ist. Eine Folge davon ist, daß dem Eigenthümer, wenn er doch restituirt hat, die condictio indebiti zusteht. L. 31 §. 1 i. f. D. depositi (16. 3). — Auf gleicher Linie mit der Verpflichtung aus den Realcontracten steht die Verpflichtung des Miethers zur Restitution der ihm vermietheten Sache. L. 15. D. eodem.

einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein, wenn der Eigenthümer sich solche (dingliche oder persönliche) Rechte an seiner Sache versprechen läßt, welche ihm ungeachtet seines Eigenthums noch nicht zustehen, z. B. die Detention und Benutzung einer Sache, die er als Faustpfand hingegeben, den einem Anderen gehörigen Usufruct an seiner Sache.[25] Ebenfalls ist die Restitution einer Sache an den Eigenthümer, wie sich von selbst versteht, nicht als eine unmögliche Leistung zu betrachten; dieselbe bezieht sich nicht auf Uebertragung eines, wenn auch nur persönlichen Rechts, sondern auf Herstellung eines dem bestehenden Recht entsprechenden factischen Zustandes.[26]

In den bisher angeführten Fällen war das Recht, welches dem Gläubiger bereits zustand, immer Eigenthum oder ein dingliches Recht. Ob das Recht, auf dessen Begründung die Obligation gerichtet war, ein dingliches oder persönliches war, kam nicht in Betracht, sofern der Inhalt des letzteren in den Kreis derjenigen Vortheile gehörte, welche dem Gläubiger bereits als dinglich Berechtigtem zustanden. — Es könnte sich nun fragen, ob nicht bei einem Zusammentreffen rein persönlicher Rechte in derselben Person eine gleiche Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sei. Der Fall, welchen wir supponiren, ist der: daß Jemand zwei Obligationen auf dieselbe Leistung abschließt.

Schließt der Gläubiger diese Obligationen mit verschiedenen Personen ab, z. B. ich kaufe dieselbe Sache zuerst von A. und dann von B., so kann von einer Identität der durch die Obligationen begründeten persönlichen Rechte nicht die Rede sein; das Recht ex empto gegen den A. ist ein anderes, als das gegen den B. — Auch kann eine Unmöglichkeit der Leistung, so lange von keiner Seite erfüllt ist, nicht angenommen werden; erst dann würde eine solche eintreten, wenn durch die Erfüllung von Seiten des einen Verkäufers der Käufer das Eigenthum an der Sache erhalten hätte.[27]

---

25) L. 56 §. 6. D. de V. O. (45. 1). „— — id enim in obligationem deducit, quod non habet, sed habere potest.“ L. 37. D. de pign. act. (13. 7). L. 34 §. 4. D. de contr. empt. (18. 1). L. 28. D. de acq. poss. (41. 2). Daraus erklärt sich auch die Entscheidung in L. 4 i. f. C. de contr. empt. (4. 38). — Demgemäß kann auch ein Realcontract durch Hingabe einer dem Empfänger gehörigen Sache begründet werden, wenn die Hingabe sich auf Ueberlassung eines Vortheils bezieht, auf welchen er ungeachtet seines dinglichen Rechts keinen Anspruch machen konnte. L. 6 §. 4. D. de precario (43. 26). L. 28 i. f. D. de acq. poss. (41. 2).

26) L. 82 pr. D. de V. O. (45. 1).

27) L. 11. D. si quis omissa (29. 4). L. 56 §. 8. D. de V. O. (45. 1). L. 8 §. 5.

Zweifel kann hier nur der Fall erregen, wenn Jemand dieselbe Leistung von derselben Person sich zu verschiedenen Zeiten versprechen läßt, z. B. wenn A. eine dem B. abgekaufte Sache vor erfolgter Tradition ihm von Neuem abkauft. Hier ist an sich jede Leistung möglich; die zuletzt versprochene Leistung wird dadurch nicht unmöglich, daß dieselbe Leistung schon früher zum Gegenstand einer Obligation gemacht ist. Insofern aber stehen die beiden Obligationen in Widerspruch mit einander, als, wenn die eine erfüllt ist, die andere nicht mehr erfüllt werden kann. [28]) Eben daraus folgt, daß der Schuldner, obgleich er sich zwei Mal verpflichtet hat, doch nur zu einer Einmaligen Erfüllung angehalten werden kann. [29]) Es fragt sich aber, aus welcher Obligation er erfüllen soll. — Kämen hier die Grundsätze, welche in Betreff der emptio rei suae gelten, in Betracht, so müßte die zweite Obligation immer als unwirksam betrachtet werden. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr wird die Entscheidung, je nachdem die Parteien Kunde von der früheren Obligation hatten oder nicht, ganz verschieden ausfallen müssen, weil es eben darauf ankommt, was sie bei Abschließung des späteren Vertrages beabsichtigten. Wußten beide Theile, daß früher eine Obligation über denselben Gegenstand abgeschlossen sei (und im Zweifel ist die Kunde der eigenen Angelegenheiten vorauszusetzen), so muß man annehmen, daß durch die spätere Obligation die frühere habe aufgehoben werden sollen. Man würde sonst annehmen müssen, daß ihre Absicht geradezu auf ein wirkungsloses Geschäft gerichtet gewesen wäre. [30]) — War nur der einen Partei die Existenz der früheren Obligation bekannt, so kann derselben ihr

---

D. de novat. (46. 2). Wie selbständig mehrere gegen verschiedene Personen auf denselben Gegenstand gerichtete Obligationen von einander sind, geht namentlich aus L. 18. D. de O. et A. (44. 7) hervor, derzufolge die in Betreff der einen Obligation eintretende Klagenconsumtion keinen Einfluß auf die Klage aus der anderen Obligation hat. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die frühere Obligation durch die spätere aufgehoben wird, wenn die letztere eben in dieser Absicht (novandi animo) abgeschlossen ist. L. 8 §. 5. D. cit.

28) L. 108 §. 4 i. f. D. de legatis 1 (30): „nec bis eadem res praestari possit."

29) L. 18. D. de V. O. (45. 1): „Qui bis idem promittit, id eo jure amplius quam semel non tenetur."

30) Daß die frühere Obligation im Zweifel als aufgehoben durch die auf denselben Gegenstand gerichtete spätere zu betrachten ist, wird anerkannt in L. 2. D. de rescind. vend. (18. 5). L. 10. D. de acq. poss. (41. 2). — Der Annahme einer Novation in den angeführten Fällen dürfte auch die L. 8. C. de novat.

dolus selbstverständlich nicht nützen; es würde ihr, falls sie sich auf die ihr günstigeren Bedingungen des neuen Vertrages beriefe, die exceptio doli entgegenstehen. — Wußte endlich keine von beiden Parteien, daß früher eine Obligation über denselben Gegenstand abgeschlossen sei, dann wird es gleichfalls in der Regel bei der früheren Obligation bleiben müssen; denn wenn einer der Contrahenten, nachdem er Kunde von der früheren Obligation erhalten, doch noch auf die ihm günstigeren Bedingungen der späteren Obligation sich berufen wollte, so würde eben darin ein dolus liegen.[31])

Aus diesen Bemerkungen dürfte sich zur Genüge ergeben, daß für den zuletzt behandelten Fall des Zusammentreffens zweier auf dieselbe Leistung gerichteter persönlicher Rechte ganz andere Grundsätze, als die für unmögliche Leistungen geltenden, maßgebend sind.[32])

(S. 42) nicht entgegenstehen. S. Puchta, Pandekten §. 291 Note h. — Kämen hier die für die Unmöglichkeit geltenden Grundsätze in Betracht, so müßte die Entscheidung ganz anders ausfallen, da die Richtigkeit der auf eine unmögliche Leistung gerichteten Obligation dann am wenigsten zu bezweifeln ist, wenn die Contrahenten den Umstand kennen, auf welchem die Unmöglichkeit beruht.

31) Es würde hier zutreffen, was in L. 36. D. de V. O. (45. 1) mit Beziehung auf einen anderen Fall folgendermaßen ausgedrückt wird: „et si nullus dolus intercessit stipulantis, — ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.“

32) A. M. Richelmann, Einfluß des Irrthums, S. 103, der die Unwirksamkeit der später abgeschlossenen Obligation als Regel ansieht und aus einer analogen Ausdehnung der für die emptio rei suae geltenden Grundsätze erklärt.

Zweites Kapitel.

Praktische Behandlung der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit.

§. 11.

Begründung der Regel: Impossibilium nulla obligatio.

Der Zeitpunkt, nach welchem es sich entscheidet, ob die Unmöglichkeit einer Leistung als eine sogleich vorhandene oder als eine nachfolgende betrachtet werden muß, ist oben (S. 1) bereits angegeben. Wir bezeichnen danach die Unmöglichkeit nur dann als eine sogleich vorhandene, wenn sie bereits in dem Zeitpunkte vorliegt, mit welchem für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der Obligation aufhört, — einerlei ob die Obligation mit diesem Augenblicke zugleich perfect geworden ist oder nicht. [1]) Diese Bestimmung reicht für diejenigen Obligationen aus, welche durch Geschäfte unter Lebenden begründet werden; dagegen bedarf es für die Obligationen aus letztwilligen Verfügungen allerdings einer anderen Feststellung des Zeitpunktes, welche aber erst unten erfolgen kann, wo von der Begründung der für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit geltenden allgemeinen Regel in ihrer besondern Anwendung auf diese Obligationen die Rede ist. — Wir wenden uns daher sogleich zur Beantwortung der Frage, welche Regel das römische Recht für die Bestimmung der Wirkungen der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit aufgestellt hat.

---

1) Die Unmöglichkeit, welche nach dem oben angegebenen Zeitpunkt, aber vor der Perfection der Obligation eintritt, muß deshalb von der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit gesondert werden, weil das Moment der Verschuldung hier eine ähnliche Bedeutung hat, wie bei der nach der Perfection eintretenden Unmöglichkeit. Im Uebrigen hat dieselbe, wie sich unten (vergl. bes. §§. 20 u. 25) ergeben wird, Vieles mit der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit gemein.

Daß die unmögliche Leistung selbst nicht erfüllt werden kann, ergiebt sich schon aus dem Begriff der Unmöglichkeit. [2]) Es kann sich also nur fragen, ob nicht die auf eine solche Leistung gerichtete Obligation in der Weise aufrecht zu erhalten sei, daß der unmöglichen Leistung eine mögliche Leistung als Aequivalent substituirt werde. Das römische Recht nimmt dies als Regel nicht an. Nach den Bestimmungen desselben ist die auf eine unmögliche Leistung gerichtete Obligation nichtig, also in jeder Weise unwirksam.

Dies ist es, was Celsus in der **L. 185. D. de R. J. (50. 17)** durch die Worte ausdrückt:

„Impossibilium nulla obligatio.“

Die Bedeutung dieser Regel ist klar, wenn es sich um einseitige Obligationen handelt. Hier fällt mit der Verpflichtung zur Leistung nothwendig das ganze obligatorische Verhältniß hinweg, da eben diese Verpflichtung den alleinigen Inhalt desselben ausmacht. — Bei gegenseitigen Obligationen könnte die Wirkung der Unmöglichkeit sich lediglich auf diejenige Verpflichtung beschränken, deren Erfüllung unmöglich ist. Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs, in welchem Leistung und Gegenleistung stehen, bewirkt aber die Unmöglichkeit der einen Leistung die Nichtigkeit der ganzen Obligation, so daß also auch eine Verpflichtung zur Gegenleistung nicht entsteht.

Die angeführte Regel erleidet nothwendige Modificationen, wenn die Unmöglichkeit sich nicht auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange erstreckt. Diese Modificationen können wir erst unten zum Gegenstande unserer Betrachtung machen (§§. 17—19). Hier beschränken wir uns darauf, die allgemeine Regel, welche von den Römern aus einer **naturalis ratio** hergeleitet wird, [3]) näher zu begründen. Damit aber dies geschehen könne, muß zuvor das Gebiet, auf welchem allein eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit der Leistung vorkommen kann, bestimmt werden.

Indem wir uns Puchta [4]) anschließen, unterscheiden wir folgende Arten von Obligationen:

1) Obligationen, welche aus Rechtsgeschäften entstehen, und zwar

---

2) L. 182. D. de R. J. (50. 17): „Quod nullius esse potest, id, ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere.“ L. 31. D. eodem.

3) L. 1 §. 9. D. de O. et A. (44. 7).

4) Pandekten §. 249.

in der Weise, daß die Hervorbringung der Obligation unmittelbar in der Absicht der Handelnden liegt. — Die Entstehung der Obligation ist in diesen Fällen eine durchaus absichtliche, und auch die Bestimmung des Gegenstandes der Obligation geht allein von den Parteien aus. — Es sind dies die aus Verträgen entstehenden Obligationen. — An diese schließen sich die Pollicitationen an, welche freilich nur ausnahmsweise als Entstehungsgrund von Obligationen gelten. Die Entstehung der Obligation und die Feststellung ihres Gegenstandes beruht bei den letzteren allein auf dem Willen des Verpflichteten.

2) Obligationen, welche ihren Entstehungsgrund in einer Handlung des Verpflichteten haben, aber ohne daß die Absicht des Handelnden auf die Hervorbringung der Obligation gerichtet zu sein braucht. Diese Handlung kann ein Rechtsgeschäft sein, z. B. negotiorum gestio, — oder ein Delict (Quasidelict). — Die Feststellung des Gegenstandes der Obligation beruht hier nicht auf dem Willen des Handelnden, sondern entweder auf einer bestimmten Rechtsvorschrift, welche ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde die Absicht gehabt hat, sich zu verpflichten, als Folge der Handlung gewisse Verpflichtungen festsetzt, oder auf der willkürlichen Anordnung eines Anderen, welche den Charakter einer Rechtsvorschrift für den Handelnden annimmt; — Letzteres bei den durch Antretung der Erbschaft zwischen dem Erben und den Vermächtnißnehmern begründeten Obligationen.

3) Obligationen, welche ihren Entstehungsgrund in einem Zustande haben. Die Feststellung des Gegenstandes der Obligation beruht hier auf der Rechtsregel, welche an einen bestimmten Zustand, z. B. den des Miteigenthums, des Besitzes, gewisse Verpflichtungen als rechtliche Folgen knüpft.

In denjenigen Fällen, in welchen der Gegenstand der Obligation durch eine Rechtsvorschrift festgestellt wird, kann von einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung nicht wohl die Rede sein.

Gesetze, welche etwas absolut Unmögliches vorschreiben, haben wir nicht; auch werden solche nicht leicht erlassen werden. In der That gehört keine große Umsicht dazu, einer solchen Absurdität vorzubeugen. Dagegen kommt es allerdings vor, daß ein Gesetz eine Verpflichtung auflegt, deren Erfüllung unter besonderen Umständen unmöglich sein kann. In einem solchen Fall wird es aber nie zweifelhaft sein, daß die Verpflichtung, wenn nicht andere Folgen der Nichterfüllung vorgeschrieben sind, in ihren Wirkungen ganz so zu beurtheilen ist, wie wenn sie erfüllt werden könnte. Denn es ist nicht anzunehmen, daß

ein Gesetzgeber eine Verpflichtung in einer andern Absicht auferlegt haben sollte, als in der, daß sie gültig und wirksam sei.[5]

Dies gilt in Ansehung der natürlichen Unmöglichkeit. Die Annahme einer juristischen Unmöglichkeit ist aber bei denjenigen Obligationen, deren Gegenstand auf gesetzlicher Anordnung beruht, vollends ausgeschlossen. Diese Annahme würde einen innern Widerspruch in sich enthalten. Indem das Gesetz die Verpflichtung zu einer Leistung festsetzt, welche nach dem bisherigen Recht unmöglich ist, hebt es im Zweifel eben dadurch das bisherige Recht, insoweit es entgegensteht, auf. Sofern aber in einem einzelnen Fall nicht angenommen werden kann, daß eine Aufhebung oder Modification des bisherigen Rechts in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, ist es Sache der Interpretation, durch ein Zurückgehen auf den wahren Willen des Gesetzgebers den Widerspruch, welcher durch eine buchstäbliche Auslegung des Gesetzes entsteht, hinwegzuräumen.

Die Anwendung der Regel: **impossibilium nulla obligatio,** beschränkt sich demnach auf diejenigen Obligationen, bei welchen die Feststellung des Gegenstandes nicht auf einer Rechtsvorschrift, sondern auf einer willkürlichen Anordnung von Privatpersonen[6] beruht, also auf die Obligationen aus Verträgen, Pollicitationen und letztwilligen Verfügungen.

---

5) Ein Beispiel bietet das Aedilicische Edict. Die Verpflichtung, welche die Aedilen dem Verkäufer hauptsächlich auflegten, ging nur auf ein Anzeigen der Mängel (palam pronunciantо, dicunto L. 1 §. 1. L. 38 pr. D. de Aed. Ed.), eine Leistung, welche nie unmöglich ist. Zugleich konnte jedoch vom Verkäufer verlangt werden, daß er die Abwesenheit gewisser Mängel ausdrücklich verspreche, L. 28. D. de Aed. Ed. (21. 1). L. 14. C. de act. empt. (4. 49). Dieses Versprechen war, wenn die Sache die fraglichen Mängel hatte, auf eine unmögliche Leistung gerichtet; es wurde aber als selbstverständlich betrachtet, daß es dessenungeachtet vollkommen wirksam sei. L. 31. D. de evict. (21. 2): „— — alioquin stipulatio, quae ab Aedilibus proponitur, inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit."

6) Auch bei den Verpflichtungen, welche auf richterlicher Anordnung beruhen, kann von einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung die Rede sein. Vergl. L. 3. D. quae sententiae sine appell. (49. 8). Diese Fälle liegen jedoch außerhalb des Kreises, worauf unsere Betrachtung sich beschränkt. Die Behandlung derselben macht überdies keine Schwierigkeit.

Zunächst fassen wir die Obligationen aus Verträgen in's Auge. Um die angegebene Regel in ihrer Beziehung auf diese Obligationen zu begründen, müssen wir auf den Willen der Contrahenten eingehen, indem dieser das besonders in Betracht kommende Moment bildet. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Contrahenten die Unmöglichkeit der bedungenen Leistung gekannt haben oder nicht.

Wußten sie, daß die Leistung unmöglich sei, so liegt die Annahme am nächsten, daß es überhaupt an dem ernstlichen Willen, eine Obligation auf diese Leistung zu begründen, gefehlt hat, und schon aus diesem Grunde ist in dem gedachten Fall die Entstehung einer wirksamen Obligation zu läugnen.[7] Dies trifft allerdings nicht zu, wenn den Contrahenten die Unmöglichkeit der Leistung unbekannt war. Hier kann der ernstliche Wille, ein obligatorisches Verhältniß zu begründen, nicht in Zweifel gezogen werden. Auf der anderen Seite ist es aber ebenso unzweifelhaft, daß die Contrahenten, wenn ihnen die Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen hätten. Ob sie dann eine andere Leistung, und welche Leistung etwa, zum Gegenstande ihrer Obligation gemacht hätten, läßt sich nicht bestimmen.

Die Rücksicht auf den Willen der Contrahenten führt also in ihrer consequenten Verfolgung zu der von Celsus aufgestellten Regel: **impossibilium nulla obligatio**; zugleich erklärt sich aus dem zur Begründung der Regel Angeführten, daß bei gegenseitigen Obligationen auch die Verpflichtung zur Gegenleistung wegfallen muß.[8]

Die Nichtigkeit der Obligation schließt jedoch nicht aus, daß die eine Partei der anderen, namentlich der Schuldner dem Gläubiger,

---

7) Es gilt hier, was in L. 31. D. de O. et A. (44. 7) in Betreff der unmöglichen Bedingungen gesagt wird: „quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem."

8) Die obige Ausführung gilt ohne Einschränkung nur für die völlige Unmöglichkeit. Bei der theilweisen Unmöglichkeit ist die Annahme nicht ausgeschlossen, daß die Contrahenten, wenn ihnen die Verhältnisse bekannt gewesen wären, über denjenigen Theil der Leistung, welcher möglich ist, einen Vertrag abgeschlossen hätten. Die theilweise Unmöglichkeit muß daher anders, als die völlige Unmöglichkeit behandelt werden. Die Bestimmungen, welche das römische Recht darüber getroffen hat, beweisen aber, daß die obige Begründung der Regel richtig ist.

unter Umständen zu einer Entschädigung verpflichtet ist. Es fragt sich hier namentlich, worin die zu leistende Entschädigung besteht, und welche Voraussetzungen die Klage auf Entschädigung hat. Auf diese Fragen werden wir in den ferneren §§. wiederholt zurückkommen; hier beschränken wir uns auf einige allgemeinere Bemerkungen.

Das Object der auf Schadensersatz gerichteten Klage kann auf verschiedene Weise bestimmt werden. Die Entschädigung läßt sich auffassen als ein Aequivalent der versprochenen unmöglichen Leistung, so daß also der Werth, den die Leistung im Fall ihrer Erfüllung für den Gläubiger gehabt haben würde, geschätzt, diesem also durch die Entschädigung auch dasjenige gewährt wird, was er durch das Geschäft erworben hätte, wenn das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß nicht vorhanden gewesen wäre. Es ist dies das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts hatte. Diese Bestimmung des Objects der Entschädigungsklage setzt die Gültigkeit der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung mit Nothwendigkeit voraus; ein Interesse wegen Nichterfüllung des Contracts kann selbstverständlich nur dann gefordert werden, wenn eine Verpflichtung zur Erfüllung vorliegt, mithin die Gültigkeit des Contracts anerkannt wird.[9])

Die vom Schuldner zu leistende Entschädigung kann jedoch auch auf andere Weise berechnet werden; sie läßt sich nämlich beschränken auf die Erstattung desjenigen Schadens, welchen der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist: das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein. So nothwendig, wie die erste Berechnung des Interesse die Gültigkeit des Contracts, setzt diese letztere die Ungültigkeit desselben voraus. Die Beschränkung des Interesse in der angeführten Weise ist nur dann zulässig, wenn der Grund, welcher den Schuldner zur Entschädigung verpflichtet, nicht in dem Vertrage und dessen Nichterfüllung, sondern allein darin gefunden wird, daß der Gläubiger über das wahre Sachverhältniß getäuscht und dadurch veranlaßt ist, einen Vertrag über die unmögliche Leistung mit dem Schuldner abzuschließen, diesen auch, sei es kürzere oder längere Zeit, als wirksam zu betrachten.[10])

---

9) Die erwähnte Berechnung des Interesse hat überdies zur factischen Voraussetzung, daß eine Schätzung der Leistung, um welche es sich handelt, thunlich ist. Bei unmöglichen Leistungen wird es auch an dieser Voraussetzung nicht selten fehlen.

10) Auf diesen vielfach verkannten Zusammenhang zwischen dem Object der Ent-

Aus dem Angeführten ergiebt es sich, daß mit der Regel: **impossibilium nulla obligatio** nur eine Entschädigung in der zuletzt erwähnten Weise sich vereinigen läßt.

Die Klage auf diese Entschädigung setzt in der Person des Gläubigers voraus, daß er in einem entschuldbaren Irrthum über die Natur der Leistung sich befand. War der Gläubiger mit der Unmöglichkeit bekannt, so hat er eine begründete Erwartung, daß die bedungene Leistung ihm erfüllt werde, nie haben können; hat er dennoch durch die Abschließung des Vertrages einen Schaden erlitten, so hat er diesen einzig und allein sich selbst zuzuschreiben. Eben so wenig kann er aber eine Entschädigung verlangen, wenn er sich in einem nicht zu entschuldigenden Irrthum befunden hat. Ein solcher Irrthum wird nämlich nur dann angenommen, wenn dem Irrenden eine grobe Nachlässigkeit (**culpa lata**) zur Last fällt;[11] den durch eigene **culpa lata** herbeigeführten Schaden kann aber Niemand ersetzt verlangen.[12]

---

schädigungsklage und der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Contracts hat namentlich v. Savigny, System III. §. 138 Note d aufmerksam gemacht.

11) Die Thatsachen müssen, damit die Entschuldbarkeit des Irrthums ausgeschlossen werde, für Jeden oder wenigstens für diejenige Person, um deren Wissen es sich handelt, so klar und offen vorliegen, daß ohne grobe Nachlässigkeit ein Irrthum unmöglich ist; vergl. L. 3 §. 1. L. 6. L. 9 §. 2. D. de jur. et facti ign. (22. 6). L. 14 §. 10. L. 55. D. de Aed. Ed. (21. 1). L. 11 §§. 10. 11. D. de interrog. (11. 1). — Damit stimmt es auch überein, daß der Rechtsirrthum der Regel nach nicht berücksichtigt wird, indem den Rechtsvorschriften im Allgemeinen der eben gedachte Charakter der Offenkundigkeit beigelegt werden muß, L. 2. D. de jur. et f. ign. Eine strenge Durchführung dieser Regel würde aber freilich bei einem verwickelten Rechtszustande zu den größten Unbilligkeiten führen. Dies ist schon von den römischen Juristen anerkannt, welche trotz der aufgestellten Regel den Rechtsirrthum in einem weit größeren Umfange berücksichtigten, als man nach Stellen, wie z. B. L. 9. D. de jur. et f. ign., annehmen sollte. Verschiedene Beispiele kommen namentlich bei der condictio indebiti vor; denn dasjenige, was v. Savigny, System III. S. 327. S. 338 ff. als Irrthum in der Subsumtion bezeichnet, kann, wie mir scheint, nur als ein Rechtsirrthum aufgefaßt werden. Wer eine ihm bekannte Thatsache unrichtig unter eine Rechtsregel subsumirt, irrt nicht nur in Betreff dieser Rechtsregel, welcher er einen zu weiten Umfang beilegt, sondern auch in Betreff der Rechtsregel, unter welche er die Thatsache hätte subsumiren sollen.

12) Dies gilt selbst dann, wenn der Schuldner sich eines dolus schuldig gemacht hat. Der Grundsatz der L. 203. D. de R. J. (50. 17): „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire," erleidet freilich eine Ausnahme, wenn der Gegner in dolo ist; L. 45 §. 1. D. de act. empti

In der Person des Schuldners setzt die Entschädigungsklage voraus, daß derselbe sich bei Abschließung des Vertrages eines **dolus** oder einer **culpa lata** schuldig gemacht hat. In einem weiteren Umfange können wir die Klage nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts nicht zulassen, weil nur der **dolus**, dem die **culpa lata** gleich steht, allgemein als **causa obligationis** anerkannt ist. Der Schuldner ist also zur Entschädigung verpflichtet, wenn er wußte, daß die Leistung unmöglich sei, oder sich in einem nicht entschuldbaren Irrthum darüber befand.

In einzelnen Fällen ist das römische Recht weiter gegangen, indem es den Vertrag ohne Rücksicht auf das Wissen oder Nichtwissen des Schuldners, sofern nur der Gläubiger mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt war, als gültig anerkannt, und demgemäß eine Klage auf dasjenige Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages hatte, zugelassen hat. — Ob, abgesehen von diesen vereinzelt dastehenden Fällen, die römischen Juristen bei **bonae fidei** Obligationen zu Gunsten des Gläubigers über die oben angeführten allgemeinen Grundsätze hinausgegangen sind, wird unten zu untersuchen sein (§§. 13. 14).

Was über die Obligationen aus Verträgen bemerkt ist, gilt gleicherweise auch von den Pollicitationen. Es versteht sich von selbst, daß in denjenigen Fällen, in welchen durch Pollicitation ausnahmsweise eine Obligation begründet werden kann, der Gläubiger dadurch nicht mehr Rechte erwirbt, als wenn er das einseitig ihm geleistete Versprechen angenommen, d. h. mit dem Pollicitanten einen Vertrag über die Leistung abgeschlossen hätte. Es ist daher nicht nöthig, im Nachfolgenden näher auf die Pollicitationen einzugehen; wie denn auch in unsern Rechtsquellen die Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung in Beziehung auf diese Art der Obligationen nicht besonders ausgeführt sind. — Die Vorschriften über die aus Verträgen entstehenden Obligationen lassen sich überdies ohne Schwierigkeit auf die Pollicitationen anwenden.

(19. 1). Doch ist dabei vorauszusetzen, daß dem Beschädigten selbst nur eine levis culpa zur Last fällt. Wenn auf beiden Seiten ein dolus vorliegt, kann von einem Entschädigungsanspruch nie die Rede sein; und dasselbe gilt in Ansehung der culpa lata, da diese dem dolus gleichsteht. — A. M. scheint in Beziehung auf unseren Fall zu sein v. Savigny, System III. S. 340.

Bei den Obligationen aus letztwilligen Verfügungen können wir nicht, wie bei den Verträgen, auf den Willen der Personen, welche die Subjecte der Obligation bilden, Rücksicht nehmen. Sie haben auf die Begründung des obligatorischen Verhältnisses und auf die Feststellung des Gegenstandes der Obligation durchaus keinen Einfluß gehabt. Ein Eingehen auf den Willen des Testators, welcher hier allein entscheidend ist, führt aber zu demselben Resultat, wie bei den Verträgen das Eingehen auf den Willen der Contrahenten.

Wußte der Testator, daß die Leistung unmöglich sei, und er hat dieselbe doch dem Erben auferlegt, so bleibt uns nur die Wahl zwischen folgenden zwei Annahmen; entweder fehlte es dem Testator an dem ernstlichen Willen, dem Vermächtnißnehmer etwas zuzuwenden, oder es fehlte ihm derjenige Gebrauch der Geisteskräfte, ohne welchen eine gültige Disposition nicht getroffen werden kann. [13])

Wußte der Testator nicht, daß die Leistung unmöglich sei, so muß man annehmen: derselbe hätte, wenn er mit der Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, diese Leistung gewiß nicht angeordnet; ob er dafür eine andere angeordnet hätte, und welche andere etwa, kann nicht festgestellt werden, und eben deshalb muß das Vermächtniß wegfallen, ohne daß ein Aequivalent gefordert werden kann. Für die Richtigkeit dieser Deduction spricht auf das Entschiedenste die Analogie der Bestimmungen über das Vermächtniß fremder Sachen, indem schon dann, wenn der Testator eine fremde Sache vermacht hat, welche er irrthümlich für die seinige hielt, im Zweifel angenommen wird, daß er dies Vermächtniß nicht angeordnet haben würde, wenn er das wahre Sachverhältniß gekannt hätte. [14])

So ist also auch bei den Obligationen aus letztwilligen Verfügungen

---

13) L. 39 §. 8. D. de leg. 1 (30): „. . . furiosi est, talia legata testamento adscribere."

14) Vergl. §. 4. I. de leg. (2. 20). L. 10. C. de legatis (6. 37). Die Analogie paßt übrigens nur für den Fall, wenn der Testator nicht wußte, daß die vermachte Sache eine fremde sei. Der Fall, wenn der Testator die Fremdheit der Sache kannte, mußte ganz anders behandelt werden, als der Fall, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung kannte. Von einer nothwendigen Wahl zwischen der Annahme des Mangels an einem ernstlichen Willen und der Annahme eines furor kann in dem ersten Fall nicht die Rede sein, da die Auflage an den Erben, dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum an einer fremden Sache zu verschaffen, an sich nichts Widersinniges enthält, worauf ein ernstlicher Wille nicht gerichtet sein könnte.

die Regel: **impossibilium nulla obligatio** völlig begründet. Doch werden hier manchmal Ausnahmen gemacht, wie sie bei Verträgen nicht wohl vorkommen können, indem man unter Umständen die Annahme gerechtfertigt hält, daß der Wille des Erblassers nicht so sehr auf die bestimmte, zum Gegenstand des Vermächtnisses gemachte Leistung, als vielmehr darauf gerichtet gewesen sei, daß dem Honorirten, wenn nicht auf die im Testamente bezeichnete, so doch auf andere Weise die ihm zugedachte Vermehrung seines Vermögens zu Theil werde. 15)

Nach demjenigen, was zur Begründung der Regel in ihrer Anwendung auf Obligationen aus letztwilligen Verfügungen angeführt ist, könnte es scheinen, als ob bei diesen Obligationen für die Frage, ob eine Unmöglichkeit als eine sogleich vorhandene oder nachfolgende zu betrachten ist, allein der Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder sonstigen Anordnung des Vermächtnisses zu berücksichtigen wäre. Da jedoch der Wille des Testators, wenn er gleich factisch schon zur Zeit der Testamentserrichtung ausgesprochen ist, doch rechtlich nur insofern in Betracht kommt, als er noch zur Zeit des Todes des Testators unverändert fortbesteht, so werden wir im Allgemeinen auch diejenige Unmöglichkeit, deren Entstehungsgrund in die Zeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Testators fällt, als eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit ansehen müssen. 16) Diese Regel erleidet jedoch, wie wir unten

---

15) Vergl. z. B. L. 112 pr. D. de leg. 1 (30).

16) Wenn wir nur inneren Gründen zu folgen hätten, könnte es sich sogar fragen, ob nicht ausschließlich auf den letzteren Zeitpunkt zu sehen sei, so daß also, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Unmöglichkeit vor dem Tode des Testators gehoben wäre, das Vermächtniß immer als gültig betrachtet werden müßte, ohne Rücksicht darauf, ob die Unmöglichkeit eine solche war, welche sonst eine Nichtigkeit der Obligation zur Folge hat (§. 16). Vergl. v. Savigny, System III. §. 393. Dem stand jedoch die regula Catoniana entgegen. L. 1 pr. D. de reg. Cat. (34. 7). — Der im Text aufgestellte Satz ist insofern von Bedeutung, als wir ihm zufolge diejenigen Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf eine nach der Testamentserrichtung, aber vor dem Tode des Testators eingetretene Unmöglichkeit beziehen, für die Bestimmung der Wirkungen der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit benutzen können. Diese Benutzung ist aber freilich nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit, auf welche die Entscheidungen sich beziehen, nicht in einer freien Handlung des Testators ihren Grund hat, weil, sofern letzteres der Fall ist, zugleich ein anderer Gesichtspunkt, der der Ademtion, sich geltend macht. Vergl. auch oben S. 40.

(§. 15 Note 3) sehen werden, für den Fall eine Ausnahme, wenn die Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß dem Vermächtnißnehmer das ihm vermachte Recht bereits zusteht, indem in diesem Fall allein auf die Zeit der Testamentserrichtung gesehen wird.

Die Anwendung der Regel: **impossibilium nulla obligatio** ist bei den Obligationen aus letztwilligen Verfügungen im Ganzen sehr einfach; insonderheit kann von einer Verpflichtung des Schuldners zur Entschädigung, insofern das Vermächtniß wegen einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung ungültig ist, nicht die Rede sein; wie denn auch dem bei Verträgen sehr wichtigen Umstande, ob der Gläubiger und Schuldner mit der Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen sind oder nicht, hier keine Bedeutung zukommt.

Im Nachfolgenden werden wir uns vorzugsweise mit den Obligationen aus Verträgen beschäftigen. Ein näheres Eingehen auf die Obligationen aus letztwilligen Verfügungen ist namentlich nur in dem, von der theilweisen Unmöglichkeit handelnden Abschnitt nöthig, indem wir in Betreff einiger daselbst in Betracht kommenden Fragen vorzugsweise auf solche Entscheidungen beschränkt sind, welche sich auf Vermächtnisse beziehen.

---

§. 12.
Völlig unmögliche Leistungen. — Objective Unmöglichkeit. — Stipulation.

Die bisher im Allgemeinen begründete Regel ist jetzt auf die einzelnen Fälle anzuwenden. Wir werden dabei folgende Ordnung befolgen:

I. Völlig unmögliche Leistungen.
   Objective Unmöglichkeit (§§. 12—14).
   Unmöglichkeit in den Verhältnissen des Gläubigers (§. 15).
   Allgemeine Bemerkungen mit Beziehung auf die Dauer der Unmöglichkeit (§. 16). [1])

II. Theilweise unmögliche Leistungen. (§§. 17—19.)

---

1) Die subjective Unmöglichkeit haben wir nicht aufgeführt. Soweit dieselbe als eine wahre sogleich vorhandene Unmöglichkeit anerkannt wird (§. 2), ist

Die Regeln, welche für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit der Leistung gelten, müssen wir fast ausschließlich aus solchen Stellen des römischen Rechts entnehmen, welche von der Stipulation und dem Kaufcontract handeln. — Dies gilt insonderheit von den Grundsätzen, nach welchen die objective Unmöglichkeit zu beurtheilen ist.

Wir wenden uns zuerst zu der Stipulation, welche am wenigsten Schwierigkeit macht.

In einer Reihe von Stellen wird es ausgesprochen, daß die Stipulation einer Sache, deren Leistung objectiv unmöglich ist (quae dari non potest), als unwirksam zu betrachten ist. 2) Dieser Satz wird angewendet auf nicht existirende Sachen, mögen dieselben nie existirt haben, oder aufgehört haben, zu existiren, imgleichen auf Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, und freie Menschen. 3)

Gajus III §. 97.

„Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio: velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum

---

sie mit wenigen Ausnahmen nur eine zeitweilige, mithin keine völlige Unmöglichkeit. In den überaus seltenen Fällen aber, in welchen ein seiner Natur nach dauernder Rechtszustand, obgleich er nur eine subjective Unmöglichkeit zur Folge hat, doch als Grund einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit berücksichtigt wird, kommen dieselben Bestimmungen, wie für die objective Unmöglichkeit, zur Anwendung, insofern der Schuldner bei Abschließung des Vertrages das der Leistung entgegenstehende Hinderniß nicht kannte. — War es ihm bekannt, daß er das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht verloren habe, so tritt allerdings eine andere Behandlung ein; es liegt dann, wenn auch der Rechtsverlust an sich zur Berücksichtigung geeignet gewesen wäre (S. 20), keine Veranlassung vor, von den Regeln abzugehen, welche im Allgemeinen für Obligationen auf Leistung fremder Sachen gelten.

2) Wie die Stipulation, so ist auch das Vermächtniß solcher Sachen, deren Leistung objectiv unmöglich ist, ungültig. Dies wird anerkannt für das Vermächtniß einer dem Verkehr entzogenen Sache und eines freien Menschen, Ulpian. XXIV. §§. 8. 9. §. 4. I. de legatis (2. 20). L. 39 §§. 8—10. D. de leg. 1 (30). L. 14. C. de leg. (6. 37), imgleichen für das Vermächtniß von Gegenständen, welche nicht existiren, L. 108 §. 10. L. 75 §§. 1. 2. D. de leg. 1 (30).

3) Uebrigens ist immer zu untersuchen, was nach der Absicht der Contrahenten der eigentliche Gegenstand des Vertrages ist. So wird in L. 83 §. 7. D. de V. O. (45. 1) die Stipulation eines mortuus homo für gültig erklärt, weil der eigentliche Gegenstand der Obligation dasjenige war, was der Versprecher ex causa condictionis furtivae zu leisten hatte. Vergl. auch L. 91 §. 6. D. eodem.

esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat esse humani juris, sibi dari stipulatur, aeque inutilis est stipulatio.“

L. 1 §. 9 D. *de O. et A.* (44. 7) *Gajus* l. 2. Aureor. „Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est, naturali ratione inutilem esse stipulationem: veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel aedes deustas esse. [4]) Idem juris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.“

L. 83 §. 5 init. D. *de V. O.* (45. 1) *Paulus* l. 72 ad Edict. „Sacram, vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor.“

L. 103 D. *eodem. Modestin.* l. 5 Pandect. „Liber homo in stipulatum deduci non potest: quia nec dari oportere intendi, nec aestimatio ejus praestari potest: non magis quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hostium.“ [5])

Dasselbe Resultat wird auch in mehreren anderen Stellen anerkannt. [6]) Es gilt nicht bloß für die Stipulation auf ein unmögliches

4) Ueber das Beispiel der aedes deustae s. unten §. 17 Note 11.

5) In Betreff des fundus hostium vergl. oben S. 15 ff.

6) §§. 1. 2. I. de inut. stip. (3. 19). L. 69. L. 97 pr. D. de V. O. (45. 1). In der L. 69 cit. wird nicht nur die Ungültigkeit der Stipulation, sondern auch die Unwirksamkeit des einer solchen Stipulation für den Fall der Nichterfüllung hinzugefügten Pönalversprechens ausgesprochen. — In der letzten Beziehung gehört die Stelle, strenge genommen, nicht hierher. Ueberdies dürfte es mißlich sein, auf die in derselben enthaltene Entscheidung eine allgemeine Regel zu gründen. — Meines Erachtens wird man unterscheiden müssen, ob die stipulatio poenae nach der Absicht der Parteien nur die Accession einer anderen Obligation sein, nur zu deren Bestärkung u. s. w. dienen soll, oder ob sie eine selbständige Bedeutung für sich hat. Hat die stipulatio poenae nur eine accessorische Natur, so fällt sie mit der Hauptobligation hinweg; dies gilt namentlich, wenn die Hinzufügung der Conventionalstrafe allein den Zweck hat, den Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung der Hauptobligation vom Beweis der Größe des Interesse zu befreien, §. 7. I. de V. O. (3. 15). — Ist es dagegen beabsichtigt, der stipulatio poenae eine selbständige Bedeutung beizulegen, so wird man, da die Bedingung, daß eine unmögliche Leistung nicht erfüllt werde, eine solche ist, welche nicht deficiren kann, das Pönalver-

dare, sondern eben so sehr für diejenige, welche auf ein unmögliches Thun gerichtet ist. Dies wird bewiesen durch:

L. 35 pr. D. *de V. O.* (45. 1). *Paulus* l. 12 ad Sabin. „Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus facere id possit.“

Die Ungültigkeit der auf eine unmögliche Leistung gerichteten Stipulation wird in den oben abgedruckten Stellen des Gajus so wie in §§. 1. 2. I. de inut. stip. (3. 19) selbst für den Fall anerkannt, wenn der Stipulator die Leistung für möglich hielt; um so mehr muß sie angenommen werden, wenn der Gläubiger wußte, daß die stipulirte Sache dem Verkehr entzogen sei oder nicht existire.

Die Stipulation ist ferner für ungültig zu halten, einerlei ob der Promissor die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder nicht, also namentlich auch in dem Fall, wenn derselbe in dolo war. In den Quellen findet sich nur Eine Stelle, in welcher von dem Bewußtsein des Promissor die Rede ist. In der oben abgedruckten L. 1 §. 9. D. de O. et A. wird nämlich bei Erörterung einiger Beispiele unmöglicher Leistungen gesagt, die Stipulation sei ungültig „inter eos, qui ignoraverint.“ Ein argumentum a contrario läßt sich aber auf diese Worte nicht gründen; es würde auch nicht dahin führen, daß man die Gültigkeit der Stipulation von dem dolus des Promissor allein, sondern daß man sie von der Kunde beider Parteien abhängig

---

sprechen als ein unbedingtes ansehen müssen. — Ob die stipulatio poenae im concreten Fall so oder anders aufzufassen ist, hängt von den besonderen Umständen ab. Ein nicht unwichtiger Anhaltspunkt für die Entscheidung läßt sich daraus entnehmen, ob die Leistung, deren Nichterfüllung die Verwirkung der Conventionalstrafe bedingt, zugleich Gegenstand einer besonderen Obligation ist oder nicht; doch kann dieser Umstand nicht als unbedingt entscheidend betrachtet werden. — Die prätorischen Stipulationen und das Pönalversprechen beim Compromiß haben immer die erwähnte accessorische Natur, indem das Pönalversprechen in diesen Fällen nur dazu dienen soll, den Vorschriften des Richters oder arbiter Gehorsam zu verschaffen; in diesen zuletzt erwähnten Fällen wird jedoch nicht leicht eine Unmöglichkeit der Leistung sogleich bei Abschließung des Vertrages schon vorhanden sein. — A. M. ist in mehrfacher Beziehung Wolff, Mora §§. 2. 3, der zwar zunächst die nachfolgende Unmöglichkeit vor Augen hat. Derselbe hält nämlich die Bestimmungen über die prätorischen Stipulationen für ein besonderes Recht, welches nur für diese Stipulationen gilt.

machte; ein Resultat, welches den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts durchaus widersprechen würde. — Ueberdies wird in einer Reihe von Stellen, ja auch zu Anfang der **L. 1 §. 9** selbst die Regel, daß die auf eine unmögliche Leistung gerichtete Stipulation unwirksam sei, ohne Einschränkung aufgestellt.

Ueber die Verpflichtung des Promissor zur Entschädigung findet sich in den Quellen keine ausdrückliche Bestimmung. Wir sind daher nicht berechtigt, über dasjenige hinauszugehen, was schon aus den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts hergeleitet werden kann. Diesen zufolge hat aber der Stipulator nur dann ein Recht auf Entschädigung, wenn er selbst mit der Unmöglichkeit der Leistung unbekannt gewesen ist, der Promissor sich aber eines **dolus** oder einer **culpa lata** schuldig gemacht hat. — Als Object der Entschädigungsklage ist, da die Stipulation selbst unwirksam ist, derjenige Schaden anzusehen, welchen der Stipulator dadurch erlitten hat, daß überhaupt ein Vertrag über die unmögliche Leistung abgeschlossen ist. (Vgl. S. 107.)

Die Richtigkeit der aufgestellten Grundsätze wird im Allgemeinen nicht bestritten werden können. Nur für den Fall, wenn der Promissor durch seine eigene Handlung die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, ist die Behauptung aufgestellt worden, daß die Stipulation gültig sei. [7]) Die Handlung an sich kann aber selbstverständlich einen Entschädigungsanspruch nicht begründen, da eben vorausgesetzt wird, daß sie vor der Abschließung der Stipulation vorgenommen ist, also zu einer Zeit, wo ein obligatorisches Verhältniß durch dieselbe nicht verletzt werden konnte. [8]) Der Grund könnte nur darin liegen, daß

---

7) S. Koch, Recht der Forderungen, II. S. 299 a. E. ff.

8) Anders ist es, wenn der Erbe vor der Antretung der Erbschaft den Gegenstand des Vermächtnisses vernichtet, L. 7 §. 5. D. de dolo (4. 3). Daraus, daß in diesem Fall eine actio ex testamento gegeben wird, lassen sich aber keine Folgerungen ziehen. Zwar entsteht ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer erst mit der Antretung der Erbschaft; das Recht des Vermächtnißnehmers selbst ist aber bereits mit dem Tode des Testators begründet, wenn auch die Geltendmachung desselben durch die Antretung der Erbschaft bedingt ist. Vergl. z. B. L. 5 §. 1. D. quando dies (36. 2). — Derselbe Satz, wie in L. 7 §. 5 cit., wird auch in L. 24. D. de lib. leg. (34. 3) ausgesprochen. Wenn in der letzteren Stelle darauf Gewicht gelegt wird, daß der Erbe die Handlung nach Eröffnung des Testaments vorgenommen habe, so beruht dies auf einer Anwendung des Papischen Rechts, welche die Compilatoren zu beseitigen versäumt haben, vergl. L. un. §. 1. C. de caducis toll. (6. 51).

in dem gedachten Fall ein höherer Grad des dolus anzunehmen wäre. Aber einestheils ist der dolus in diesem Fall keineswegs immer tadelnswerther, als in manchen anderen Fällen; anderntheils finden wir nirgends in den Quellen verschiedene Grade des civilrechtlichen dolus erwähnt. Die Veranlassung zu der entgegenstehenden Ansicht haben auch, wie es scheint, allein die Schlußworte der oben abgedruckten L. 35 pr. D. de V. O. gegeben: „nisi per quem stetit, quo minus facere possit.“ Diese Worte lassen sich aber schwerlich auf einen solchen Fall beziehen, wie er hier zur Frage steht. [9])

---

§. 13.

Völlig unmögliche Leistungen. — Objective Unmöglichkeit. — Kaufcontract.

Wie bei der Stipulation, werden auch bei dem Kaufcontract als Objecte unmöglicher Leistungen Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, und freie Menschen, sowie nicht existirende Gegenstände häufig angeführt. Am meisten Schwierigkeit macht der Kaufcontract über dem Verkehr entzogene Sachen. Die für diesen geltenden Bestimmungen werden wir in Verbindung mit den für den Verkauf freier Menschen zur Anwendung kommenden Regeln zuerst darzustellen suchen.

---

9) Meines Erachtens ist ein Fall zu supponiren, in welchem die Stipulation mit Beziehung auf eine bereits bestehende Verbindlichkeit abgeschlossen ist, deren Erfüllung erst nach eingetretener Mora des Schuldners unmöglich geworden ist, so daß die Unmöglichkeit keine Befreiung des Schuldners zur Folge gehabt hat. Das eigentliche Object der Stipulation ist in diesem Fall dasjenige, was der Schuldner aus der früheren Obligation zu leisten hatte. — Für diese Interpretation spricht namentlich der Umstand, daß die Worte: stare per aliquem, quo minus facere possit, regelmäßig nicht zur Bezeichnung des dolus, sondern zur Bezeichnung der Mora des Schuldners dienen. Auch werden Fälle, wie der hier supponirte, wiederholt in den Quellen erwähnt, so namentlich in der oben (Note 3) citirten L. 83 §. 7. D. de V. O. — Daß der Schlußsatz in einer nicht ganz passenden Weise angefügt ist, muß freilich zugegeben werden; derartige Beispiele finden sich aber auch sonst in den Quellen, und mögen zu einem nicht geringen Theil durch Veränderungen veranlaßt sein, welche die Compilatoren mit dem ursprünglichen Text vorgenommen haben.

Es handelt sich hier zunächst darum, ob der über eine **res extra commercium** abgeschlossene Kaufcontract in allen Fällen als ungültig zu betrachten ist, oder ob die Ungültigkeit des Contracts sich auf den Fall beschränkt, wenn der Käufer die Unmöglichkeit der Leistung kannte. Wie wir im §. 11 gesehen haben, hängt es von der Beantwortung dieser Frage ab, in welcher Weise die Entschädigung zu berechnen ist, welche der Käufer in Anspruch nehmen kann.

Ist, wie ich dafür halte, die Nichtigkeit des Contracts als Regel anzunehmen, so ist ferner zu untersuchen, ob der Verkäufer nur dann zu entschädigen hat, wenn ihm ein **dolus** zur Last fällt, oder ob er immer zur Entschädigung verpflichtet ist, sofern nur dem Käufer die Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt war.

Die Ansichten über diese Fragen sind sehr getheilt. [1]) Auch ist dies nicht zu verwundern, da die römischen Juristen selbst verschiedener Ansicht gewesen zu sein scheinen.

Wir wenden uns zu den Quellen, und lassen zunächst diejenigen Stellen folgen, in welchen die Ungültigkeit des Contracts als allgemeine Regel aufgestellt wird. [2])

1. L. 34 §. 1. D. ***de contr. empt.*** **(18. 1.)** ***Paulus*** **l. 33 ad Edict.**

---

1) Vergl. Glück, Pandekten XVI. S. 48 Note 48. — Für die Gültigkeit des Kaufcontracts über eine dem Verkehr entzogene Sache, den Fall vorausgesetzt, daß der Käufer es nicht wußte, daß die Sache dem Verkehr entzogen sei, haben sich in neuester Zeit namentlich ausgesprochen: Burchardi, Wiedereinsetzung in den vor. Stand, S. 327 ff., Brandis in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proc. VII. S. 180 ff. und Richelmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge, S. 15. 87. Gegen die Gültigkeit des Kaufcontracts sind Göschen, Vorlesungen, Bd. II. 2. S. 179, v. Savigny, System, III. S. 302 ff. und Sintenis, Civilrecht, II. §. 83 Note 22. — Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I. §. 100 Nr. IV. und Bd. II. §. 443 drückt sich schwankend aus; er erklärt den Contract für bindend, will aber nur eine beschränkte Entschädigungsklage zulassen.

2) Außer den abgedruckten Stellen sprechen noch andere davon, daß dem Verkehr entzogene Sachen nicht verkauft werden können, nämlich L. 73 pr. D. de contr. empt. (18. 1). L. 6 §. 1. D. de relig. (11. 7). L. 2. 9. C. de relig. (3. 44). Diese Stellen beziehen sich jedoch alle, wenigstens vorzugsweise, auf die Unmöglichkeit der Veräußerung. Höchstens kann man aus den von den römischen Juristen gewählten Ausdrücken folgern, daß dieselben die Unmöglichkeit der Veräußerung und die Unmöglichkeit der Abschließung eines gültigen Kaufcontracts nicht so strenge von einander gesondert haben, wie das heutzutage oft angenommen wird. Doch erscheint diese Schlußfolgerung nicht als hinreichend sicher, um darauf ein Argument von erheblicherer Bedeutung zu gründen.

„Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum *nulla venditio est.*“

2. L. 22 D. *eodem. Ulpian.* l. 28 ad Sabinum.
L. 23. D. *eodem. Paulus* l. 5 ad Sabinum.
L. 24. D. *eodem. Ulpian.* l. 28. ad Sabinum.
„Hanc legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si *omne* religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit, *nullam esse emptionem.*“
„Et quod solverit eo nomine, emptor condicere potest.“
„In modicis autem ex empto esse actionem: quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit.“

3. L. 1. C. *de sepulchro violato* (9. 19). *Imp. Gordianus.*
„Res religioni destinatas, quinimmo jam religionis effectas, scientes, qui contigerint, et emere, et distrahere non dubitaverint: *tametsi jure venditio non subsistat,* laesae tamen religionis inciderunt in crimen.“

4. L. 8. §. 1. D. *de religiosis* (11. 7). *Ulpian.* l. 25 ad Edict.
„Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor *in factum actionem* in eum dat ei, ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum *quasi ex empto actionem* contineat.“

5. L. 62. §. 1. D. *de contr. empt.* (18. 1). *Modestin.* l. 5. Regular.
„Qui *nesciens* loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparaverit, *licet emptio non teneat,* ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, *ne deciperetur.*“

Die erste Stelle stellt allgemein die Regel auf, daß der über eine dem Verkehr entzogene Sache abgeschlossene Kaufcontract nichtig sei, ohne daß auf das Bewußtsein der handelnden Personen Rücksicht genommen wird. — Imgleichen sagt Gordian in der, freilich vorzugsweise eine andere Frage behandelnden Stelle Nr. 3, daß der Verkauf einer res religiosa nicht zu Recht bestehe, und zwar gehört zu den Fällen, auf welche dieser Ausspruch sich bezieht, nicht nur der, wenn

der Käufer wissentlich die res religiosa kauft, sondern auch der Fall, wenn der Verkäufer in dolo ist.

Bedeutender noch sind die unter Nr. 2 aufgeführten Stellen. Wir betrachten zunächst nur die L.L. 22 und 24, welche ihrem Inhalt und den Ueberschriften zufolge unmittelbar zusammengehören. Statt einer besonderen Erklärung dieser Stellen lassen wir eine Paraphrase derselben folgen, in welcher die zur Erklärung eingeschobenen Sätze durch Parenthesen bezeichnet sind:

> Wenn bei dem Verkauf eines Grundstücks ausgemacht wird, daß diejenigen loca, welche etwa sacra oder religiosa sein sollten, nicht mit verkauft seien (daß der Verkäufer also nicht dafür hafte, daß nicht einige Theile des Grundstücks dem Verkehr entzogen seien), so ist diese Verabredung nicht überflüssig; (der Kauf wird aufrecht erhalten, und der Verkäufer ist, vorausgesetzt, daß er nicht in dolo war, von der Haftung befreit), insofern nur geringere Theile des Grundstücks, modica loca, dem Verkehr entzogen sind. Ist aber der Gegenstand der Obligation seinem ganzen Umfange nach dem Verkehr entzogen, so ist (die obige Verabredung überflüssig; in diesem Fall ist nämlich) der Kauf nichtig. — Wenn aber nur geringere Theile der verkauften Sache dem Verkehr entzogen sind, so (ist der Kauf an sich gültig, und es) wird (falls nicht eine entgegengesetzte Verabredung getroffen ist) die actio ex empto (auf Entschädigung) zugelassen, weil der locus sacer oder religiosus nicht für sich zum Gegenstande des Kaufcontracts gemacht ist, sondern nur ein accessorium der verkauften Sache bildet, welche ihrem größeren Theile nach verkauft werden konnte.

Die Richtigkeit dieser Erklärung, welche mit den Worten der L.L. 22 und 24 in völligem Einklang steht, ergiebt sich daraus, daß nur, wenn man auf diese Weise die Stellen auslegt, ein genauer Zusammenhang und eine logische Gedankenfolge in denselben sich findet. [3])

3) A. M. sind Burchardi, a. a. O. S. 328 a. E. ff., Brandis, a. a. O. S. 182, Richelmann, S. 14 ff. Sie leiten die Richtigkeit des Contracts aus der beigefügten Clausel ab, daß der Kauf nur insoweit gelten solle, als der Gegenstand desselben nicht dem Verkehr entzogen sei. — Diese Erklärung ist meiner Meinung nach völlig unhaltbar. Zunächst fehlt es, wenn wir dieselbe annehmen, an dem von Ulpian mit hinreichender Bestimmtheit angedeuteten Gegensatz zwischen den Entscheidungen in der ersten und zweiten Hälfte der L. 22 cit.; die Clausel würde nämlich, der gedachten Erklärung zufolge,

Wir müssen demnach annehmen, daß der Kaufcontract nach der Ansicht des Ulpian immer nichtig ist, wenn die verkaufte Sache ihrem ganzen Umfange nach dem Verkehr entzogen ist. Ueberdies geht aus dem Zusammenhange klar hervor, daß die **L. 22. D. de contr. empt.** vorzugsweise auf den Fall sich bezieht, daß der Käufer mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt war. Wenn nämlich der Käufer wußte, daß die Sache, oder diejenigen Theile derselben, um welche es sich handelte, dem Verkehr entzogen seien, so war ihm schon aus diesem Grunde jede Aussicht abgeschnitten, mit einer **actio ex empto** auf Entschädigung durchzudringen.

Daß vorzugsweise an einen Fall des Irrthums des Käufers zu denken ist, ergiebt sich vollends, wenn wir die **L. 22. D. de contr. empt.** in Verbindung mit der **L. 23. D. eodem** betrachten. Die auf Zurückzahlung des Kaufpreises gerichtete **condictio indebiti**, welche in der **L. 23 cit.** dem Käufer einer dem Verkehr entzogenen Sache gegeben wird, setzt nämlich außer der Nichtigkeit des Contracts namentlich noch voraus, daß der Käufer den Umstand, welcher den Contract nichtig macht, nicht gekannt hat, indem die **condictio** demjenigen, welcher wissentlich eine Nichtschuld gezahlt hat, nicht eingeräumt wird.

Die Bedeutung der in **L. 23 cit.** enthaltenen Worte bestimmt sich allein durch den Zusammenhang, in welchen dieselben durch die Compilatoren gebracht sind. Ob sie ursprünglich in einer ähnlichen Verbindung gestanden haben, ist uns nicht bekannt; jedenfalls läßt aber die Einschaltung der **L. 23** einen wichtigen Schluß auf die Ansicht der Compilatoren zu. Sie konnten die Worte des Paulus nicht mit dem Ausspruch des Ulpian in **L. 22** in Verbindung setzen, wenn sie

---

auch in dem zweiten Fall der L. 22 nicht überflüssig, sondern von großer Bedeutung sein, indem sie, wenn der Vertrag, abgesehen von der Clausel, gültig wäre, den Verkäufer von der actio ex empto auf Entschädigung befreien würde. Namentlich aber steht die erwähnte Erklärung in einem nicht zu beseitigenden Widerspruch mit der L. 24 cit.; dieser Stelle zufolge beruht nämlich die Wirksamkeit der Clausel „in modicis locis" auf der für diesen Fall angenommenen Gültigkeit des Contracts, welche eben daraus hergeleitet wird, daß die verkaufte Sache ihren Hauptbestandtheilen nach fähig ist, die Grundlage für einen gültigen Kauf zu bilden. Aus dieser Deduction folgt aber mit Nothwendigkeit, daß Ulpian den Kauf, wenn der Gegenstand desselben seinem ganzen Umfange nach dem Verkehr entzogen war, schon abgesehen von der Clausel für nichtig, und eben deshalb die Clausel selbst in diesem Fall für überflüssig hielt.

nicht der Ansicht waren, daß die Nichtigkeit des Kaufcontracts über eine dem Verkehr entzogene Sache auch für den Fall gelte, wenn dem Käufer die Beschaffenheit der Sache nicht bekannt war.

Die Stellen unter Nr. 4 und 5. beziehen sich auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Entschädigung.

Ulpian geht in der Stelle Nr. 4 auf die Voraussetzungen der Entschädigungsklage nicht näher ein; er bezeichnet dieselbe aber nicht als eine actio doli, sondern nur mit dem allgemeinen Namen einer actio in factum. Modestin macht den ausdrücklichen Worten der Stelle Nr. 5 zufolge die Verpflichtung des Verkäufers zur Entschädigung allein davon abhängig, daß der Käufer die ihm verkaufte Sache irrthümlich für eine res privata gehalten habe. Daß ein dolus oder eine culpa lata des Verkäufers zur Begründung der Klage erforderlich sei, wird, wenigstens ausdrücklich, nicht erwähnt. Denn wenn Modestin auch den Gegenstand der Entschädigungsklage des Käufers durch die Worte: „quod interfuit ejus, ne *deciperetur*," bezeichnet, so kann doch aus dem Gebrauch des Wortes: decipi ein sicherer Schluß auf einen dolus des Verkäufers nicht gezogen werden. [4])

Hiernach könnte es scheinen, als ob dem mit der Unmöglichkeit der Leistung unbekannten Käufer immer das Recht zur Anstellung einer Entschädigungsklage einzuräumen sei, einerlei ob dem Verkäufer in Betreff der Abschließung des Contracts eine Verschuldung zur Last gelegt werden kann oder nicht. Auch dürfte die Billigkeit im Allgemeinen wohl dafür sprechen, daß, wenn Jemand durch die Abschließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Kaufcontracts Schaden leidet, es dann der Verkäufer sei, welcher diesen Schaden tragen müsse. Denn vorzugsweise ist es doch Sache dessen, welcher etwas verspricht, sich vorher davon zu überzeugen, daß er das Versprochene auch leisten könne.

---

4) Das Wort decipi wird nämlich häufig in den Quellen nur gebraucht, um das Getäuschtsein einer Person zu bezeichnen, ohne daß dabei eine auf die Täuschung gerichtete Absicht eines Anderen irgendwie vorausgesetzt wird; vergl. z. B. L. 1 §§. 2. 6. D. de Aed. Ed. (21. 1). L. 46. D. de bon. libert. (38. 2). L. 7 §. 1. D. de in integr. rest. (4. 1). L. 44. D. de minor. (4. 4). L. 20. D. de aqua et aquae (39. 3).

Dessenungeachtet trage ich Bedenken, dieser Ansicht beizupflichten. Die erwähnten Stellen scheinen mir nicht bestimmt genug zu sein, um eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts zu rechtfertigen. Die **L. 8. §. 1 D. de. relig.** (Nr. 4) enthält über die Erfordernisse der Entschädigungsklage gar nichts; an sich liegt es also am nächsten, da eine Ergänzung jedenfalls nöthig ist, diese im Sinne der sonst geltenden Regeln vorzunehmen; auch wird man auf den allgemeinen und unbestimmten Ausdruck: **actio in factum** kein entscheidendes Gewicht legen dürfen. Was aber die Stelle von Modestin (Nr. 5) betrifft, so kann zwar aus dem Gebrauch des Wortes: **decipi** nicht mit Bestimmtheit auf einen **dolus** des Verkäufers geschlossen werden; auf der andern Seite läßt sich jedoch die Stelle wegen der Beziehung, welche das Wort: **decipi** nicht selten auf einen **dolus** hat, eben so wenig benutzen, um zu beweisen, daß der **dolus (culpa lata)** des Verkäufers zur Begründung der Entschädigungsklage nicht erforderlich sei.[5])

Meines Erachtens werden also bei dem Kaufcontract, eben so wie bei der Stipulation, die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts, denen zufolge nur wegen **dolus** oder **culpa lata** eine Entschädigung verlangt werden kann (s. oben S. **109**), zur Anwendung kommen müssen.

Dasselbe ist in Beziehung auf den Gegenstand der Entschädigungsklage anzunehmen. Indem Ulpian in **L. 8. §. 1. D. de relig.** (Nr. 4) dem Käufer nicht die Contractsklage, sondern eine **actio in factum** auf Entschädigung giebt, läßt er deutlich erkennen, daß er den Vertrag für nichtig hält; eine Ansicht, welche er, wie wir oben gesehen haben,

---

5) A. Herrmann in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr., N. F. VII. S. 249 gründet auf die L. 62 §. 1. D. de contr. empt. (Nr. 5) eine Mittelmeinung. Er hält den dolus des Verkäufers nicht für erforderlich, schließt jedoch aus den Worten, der Käufer habe „loca sacra pro privatis" gekauft, daß der Käufer durch eine Versicherung des Verkäufers über die Beschaffenheit der Sache, getäuscht sei. Dafür aber, daß einer solchen Versicherung, welche stillschweigend in jeder Abschließung eines Kaufcontracts von Seiten des Verkäufers liegt, besondere Wirkungen beizulegen seien, haben wir durchaus keine Zeugnisse in den Quellen, und namentlich läßt sich die L. 62 §. 1 cit. nicht dafür anführen. Es liegt am nächsten, die Worte: „pro privatis" nur als eine Ausführung des voraufgehenden: „nesciens" zu betrachten, indem sie angeben, wofür der Käufer die gekauften loca irrthümlich gehalten hat.

gleichfalls in L. 22 und 24. D. de contr. empt. (Nr. 2) ausspricht. Den obigen Erörterungen zufolge müssen wir daher annehmen, daß die Entschädigungsklage nach Ulpian nur auf Erstattung des Schadens gerichtet ist, welchen die Abschließung des Vertrages dem Käufer veranlaßt hat. Dagegen lassen sich auch die Worte: „cum quasi ex empto actionem contineat“ nicht anführen, da diese nur dazu dienen, den Uebergang der Klage auf die Erben des Käufers zu motiviren.

Modestin bezeichnet in L. 62 §. 1. D. de contr. empt. (Nr. 5) als den Gegenstand der Entschädigungsklage: quod interfuit ejus (emptoris), ne deciperetur. Dem strengen Wortsinn nach sind diese Worte nur dann zutreffend gewählt, wenn der Gegenstand des Interesse in der oben angegebenen Weise bestimmt ist, indem der Käufer, wenn er nicht getäuscht wäre, den zur Frage stehenden Vertrag gar nicht abgeschlossen hätte. Die römischen Juristen bedienen sich jedoch der erwähnten Worte auch da, wo es sich um das Interesse handelt, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts hat;[6]) eben deshalb muß nach dem Zusammenhange entschieden werden, welche Bedeutung den Worten beizulegen ist. — Für unsre Stelle dürfte die Entscheidung nicht schwierig sein. Modestin läßt freilich eine actio ex empto zu; er bemerkt aber ausdrücklich, daß diese Klage zugelassen werde, obgleich der Contract nicht bindend sei. Darin liegt, wie mir scheint, mit hinreichender Deutlichkeit ausgesprochen, daß die actio ex empto in dem zur Frage stehenden Fall nicht in dem Contract und dessen Nichterfüllung ihre Begründung hat, sondern nur die von Ulpian als actio in factum bezeichnete Entschädigungsklage vertritt. Auch ist dies eine Anwendung der actio ex empto, welche uns bei der weiten Ausdehnung, in welcher die römischen Juristen die Contractsklagen aus bonae fidei Contracten zuließen, durchaus nicht befremden kann [7]).

---

6) Vergl. z. B. L. 13 §§. 1. 2. D. de act. empti (19. 1) und dazu §. 18 Note 8.

7) Burchardi a. a. O. S. 327 ff. übersetzt die Worte: „licet emptio non teneat“ folgendergestalt: „obgleich der Verkauf hier nicht die Verbindlichkeit erzeugen könne, die versprochene Sache selbst zu schaffen.“ — Der Grund, weshalb Burchardi die im Text angenommene Auslegung dieser Worte ablehnt, obgleich sie der üblichen Bedeutung derselben allein entspricht, ist der Widerspruch, in welchem diese Stelle dann mit seiner Behauptung treten würde, daß die Zulassung der Contractsklage immer die Gültigkeit des Contracts voraussetzt. — Diese Ansicht läßt sich aber schwerlich halten. Ihrer ursprünglichen

Die aufgestellte Ansicht wird wesentlich unterstützt durch diejenigen Grundsätze, welche die römischen Juristen für den Kaufcontract über nicht existirende Gegenstände anerkannt haben (§. 14). — Dagegen wird man sich auf **L. 9 §. ult. D. de divis. rer. (1. 8): „Res sacra non recipit aestimationem"** schwerlich berufen können. Diese Stelle kann eben so gut den Sinn haben, daß eine **res sacra** als solche keiner Schätzung fähig sei, während wohl geschätzt werden könne, wie groß der Werth der Sache für den Käufer sein würde, wenn dieselbe nicht dem Verkehr entzogen wäre.

Hätten wir nur die oben citirten Stellen, so würde wenigstens darüber kein Zweifel obwalten können, daß die römischen Juristen den Verkauf einer **res extra commercium** unter allen Umständen als nichtig betrachtet haben. Es giebt jedoch eine Reihe von Stellen, in welchen der entgegengesetzte Grundsatz angenommen zu sein scheint.

1. **L. 70. D.** *de contr. empt.* **(18. 1).** *Licinius Rufinus* **l. 8 Regular.**

„Liberi hominis *emptionem contrahi posse* **plerique existimaverunt: si modo** *inter ignorantes* **id fiat. Quod**

Bestimmung nach ist allerdings die Contractsklage lediglich auf Erfüllung des Contracts gerichtet, sei es in der Weise, wie die Leistung bedungen ist, oder in solcher Weise, daß der Gläubiger für die bedungene Leistung ein Geldäquivalent bekommt. Wenn man jedoch die Contractsklage auf Umstoßung des Contracts zuließ und sie in diesem Fall die actio doli vertreten ließ, so lag es in der That nicht fern, auch in dem im Text angegebenen Fall die Contractsklage zuzulassen. Daß dieses aber wirklich geschehen ist, dafür spricht die L. 62 §. 1. D. de contr. empt., namentlich wenn man sie mit L. 8 §. 1. D. de relig. vergleicht, wie mir scheint, auf das Unzweideutigste. Ueberdies finden wir andere Anwendungen der Contractsklagen, welche sich ebenso weit von der ursprünglichen Bestimmung derselben entfernen. So wird eine actio ex empto auf Wiedererlangung des Kaufpreises erwähnt, Paulus R. S. II. tit. 17 §. 8. L. 33. D. locati (19. 2); ja die actio empti wird nach vollständiger Erfüllung des Kaufcontracts, so wie nicht minder, wenn der Contract in Folge einer Vereinbarung rückgängig gemacht ist, auf Restitution der arrha zugelassen, wo sie durchaus die condictio ob causam datorum vertritt. L. 11 §. 6. D. de act. empti (19. 1). — Ferner wird in mehreren Stellen einer actio conducti auf Befreiung vom eingegangenen Miethvertrage gedacht. L. 10. L. 15 §. 9. D. locati (19. 2).

idem placet, etiam si venditor sciat, emptor autem ignoret: quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur.“

2. L. 4. D. *quib. ad libert.* (40. 13). *Paulus l.* 12 *Quaest.* Es wird hier der Fall behandelt, wenn ein statuliber sich hat verkaufen lassen, und gefragt, ob ein solcher die Freiheit verwirkt habe. Nachdem als Zweifelsgründe aufgestellt sind, auf der einen Seite, daß der statuliber nicht füglich besser gestellt sein könne, als ein Freier, daß aber, wenn er bereits frei gewesen, durch den obigen Act seine Freiheit verwirkt wäre, auf der anderen Seite, daß in Betreff des statuliber die venditio zu Recht bestehe, während ein Kaufcontract über einen freien Menschen ungültig sei, beginnt das responsum mit folgenden Worten: „Respondit, venditio quidem tam servi, quam *liberi* contrahi potest, et stipulatio de evictione contrahitur: non enim de eo loquimur, qui *sciens* liberum emit: nam adversus hunc nec ad libertatem proclamatio denegatur.“

3. L. 34 §. 2 *de contr. empt.* (18. 1). *Paulus.* l. 33 ad Edict. „Liberum hominem *scientes* emere non possumus.....“

4. L. 39 §. 3. D. *de evict.* (21. 2). *Julian.* l. 57. Digest. „Respondit, qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat, evictionis nomine tenetur: quare etiam pater, si filium suum tanquam servum vendiderit, evictionis nomine obligatur.“

5. L. 4. D. *de contr. empt.* (18. 1). *Pompon.* l. 9. ad Sabin.
L. 5. D. *eodem. Paulus* l. 5 ad Sabin.
L. 6. pr. D. *eodem. Pompon.* l. 9 ad Sabinum.
„Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, *emptio intelligitur*, si ab *ignorante* emitur.“
„Quia difficile dinosci potest liber homo a servo.“
„Sed Celsus filius ait, hominem liberum *scientem* te emere non posse: nec cujuscunque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.“

6. §. 5. J. de empt. (3. 23).
„Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, *frustra quis sciens emit*, quae tamen, si pro pro-

fanis vel privatis *deceptus a venditore* emerit, *habebit actionem ex empto*, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum non esse. *Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

Aus diesen Stellen ergiebt sich auf das Unzweifelhafteste, daß der Verkauf eines freien Menschen für gültig angesehen wurde, wenn es dem Käufer unbekannt war, daß der verkaufte Mensch kein Sclave sei. Nach dem Zeugniß des Pomponius (L. 6 pr. D. de contr. empt.) hat schon der jüngere Celsus diese Ansicht aufgestellt; ihm stimmen die späteren Juristen bei. — Daß jedoch die erwähnte Ansicht erst allmählich zu allgemeiner Geltung sich erhoben hat, darauf deuten die Worte des Licinius Rufinus in der Stelle Nr. 1 hin: „plerique existimaverunt," imgleichen die Fassung der Zweifelsgründe, welche der Entscheidung in Nr. 2 vorausgeschickt sind. Für das Justinianische Recht ist an der Gültigkeit des Kaufs für diesen Fall nicht zu zweifeln. In allen den Stellen, welche von der Nichtigkeit des Kaufcontracts über eine res extra commercium sprechen, wird des Verkaufs eines freien Menschen nicht gedacht. Besonders bemerkenswerth aber ist die L. 34 §. 2. D. de contr. empt. (Nr. 3). Nachdem Paulus in dem §. 1 derselben Lex den Verkauf von Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, schlechthin als nichtig bezeichnet hat, stellt er im §. 2 für den Verkauf eines freien Menschen den Grundsatz auf, daß dieser ungültig sei, wenn der Käufer gewußt habe, daß der verkaufte Mensch frei sei; und zwar ist es nicht zu bezweifeln, daß Paulus durch die Worte: „scientes etc." nur für den erwähnten Fall die Ungültigkeit des Kaufs hat aussprechen wollen. Letzteres wird bewiesen durch eine Vergleichung mit der gleichfalls von Paulus herrührenden Stelle Nr. 2, namentlich aber durch die Vergleichung des §. 2 cit. mit dem §. 3 derselben L. 34, in welchem er mit dem Worte: „item" zu dem Verkauf einer res furtiva übergeht, welcher gleichfalls nur dann ungültig ist, wenn der Käufer wußte, daß die Sache gestohlen sei (S. 17).[8])

---

8) Für die Gültigkeit des Kaufcontracts über einen freien Menschen, sofern der Käufer ihn für einen Sclaven hielt, sprechen überdies noch einige von der Eviction handelnde Stellen. L. 20 §. 4. D. de lib. causa (40. 12). L. 18. L. 25. C. de evict. (8. 45). L. 8. C. de sentent. et interlocut. (7. 45). Vergl. auch L. 2. C. de adsert. toll. (7. 17). — Die L. 27 §. 1 i. f. D. ad S. C. Vellej. (16. 1) bezieht sich wohl zunächst nur

So wurde denn neben der Nichtigkeit des Kaufcontracts über eine **res extra commercium** die Gültigkeit des Kaufcontracts über einen freien Menschen für den Fall der **ignorantia emptoris** angenommen. In der That konnten die vielfachen Betrügereien, welche, wie wir aus den Quellen ersehen, beim Sclavenhandel vorkamen, verbunden mit der großen Bedeutung, welche dieser Handel in der damaligen Zeit hatte, wohl dahin führen, für diesen Fall eine Ausnahme zu statuiren. 9) — Hierauf deuten auch die Worte des Paulus in **L. 5. D. de contr. empt.** (Nr. 5), in Betreff deren wir keinen Grund haben, zu bezweifeln, daß sie auch in ihrem ursprünglichen Zusammenhange dazu gedient haben, den hier zur Frage stehenden Rechtssatz zu motiviren. — Eine Entschädigungsklage in dem vorhin bezeichneten Umfange mochte nicht als ein genügendes Coercitiv gegen die hier besonders häufig vorkommende Unredlichkeit erscheinen. Durch die Anerkennung der Gültigkeit des Kaufcontracts erhielt der Käufer eine viel bedeutendere Sicherung. Zwar konnte ihm dadurch die Leistung selbst nicht verschafft werden; es war aber mit der Gültigkeit des Contracts zugleich die Gültigkeit der **stipulatio duplae**, welche dem Kaufcontract regelmäßig beigefügt wurde, anerkannt, so daß dem Käufer, insofern er nicht wußte, daß der verkaufte Mensch ein Freier sei (denn nur für diesen Fall wurde die Gültigkeit anerkannt), die Klage auf das Doppelte des Preises zustand. 10)

Es fragt sich nun, ob die römischen Juristen die für den Verkauf freier Menschen angenommenen Grundsätze auf den Verkauf der **res extra commercium** ausgedehnt haben. Nach den unter Nr. 5. angeführten Stellen des Pomponius könnte man geneigt sein, dies anzunehmen. Es wird hier auf eine durch Interpretation nicht zu beseitigende Weise der Verkauf von Sachen, welche dem Verkehr entzogen

---

darauf, daß an einem freien Menschen kein Eigenthum erworben werden kann; doch ist es immerhin möglich, daß Papinian die Ansicht des Pomponius, Rufinus u. s. w. nicht getheilt hat.

9) In Einem Falle war schon zur Zeit des Q. Mucius Scävola die Gültigkeit dieses Kaufs und sogar die Vollziehbarkeit desselben anerkannt. Vergl. L. 23. D. de lib. causa (40. 12). L. 1. L. 3—5. D. quib. ad libert. (40. 13).

10) Dieser Zusammenhang wird anerkannt in L. 4. D. quib. ad libert. (40. 13). — Außerdem beziehen sich L. 39 §. 3. D. de evict. (21. 2). L. 18. L. 25. C. de evict. (8. 45) und L. 20 §. 4. D. de lib. causa (40. 12) auf die stipulatio duplae.

sind, dem Verkauf freier Menschen gleichgestellt. Gegen diese Ausdehnung spricht jedoch, daß die späteren Juristen Paulus, Ulpian und Modestin dieselbe nicht anerkennen; zugleich ist wohl zu beachten, daß die Worte des Paulus in **L. 5. D. de contr. empt.** (Nr. 5.), welche von den Compilatoren zur Motivirung des von Pomponius in **L. 4. D. eod.** aufgestellten Satzes eingeschaltet sind, sich nur auf den Verkauf freier Menschen beziehen. Es bleibt uns demnach nichts übrig, als einen Widerspruch anzunehmen, und zwar werden wir, wenn wir lediglich auf die Pandekten sehen, kein Bedenken tragen können, der Ansicht, welche von der Mehrzahl der Juristen und namentlich von den späteren Juristen aufgestellt ist, vor der vereinzelt dastehenden Ansicht des Pomponius den Vorzug zu geben. Auch war ein dringendes praktisches Bedürfniß, den Grundsatz: **impossibilium nulla obligatio**, zu verlassen, wie es für den Verkauf freier Menschen vorlag, für den Verkauf von Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, schwerlich vorhanden.

Bei den bisherigen Ausführungen haben wir auf den §. 5. **I. de empt.** (Nr. 6) keine Rücksicht genommen. Es kann aber sehr zweifelhaft sein, ob wir nicht nach dieser Stelle die der unsrigen entgegengesetzte Ansicht, als die von Justinian gebilligte ansehen müssen.

Sieht man von den Schlußworten der Stelle ab, so läßt sich dieselbe zur Noth mit beiden einander entgegenstehenden Ansichten vereinigen. Daraus, daß die Klage als eine **actio ex empto** bezeichnet wird, kann ein sicherer Schluß auf die Gültigkeit des Contracts nicht abgeleitet werden, und eben so wenig läßt sich daraus, daß als Grund der Klage angegeben wird: „**quod non habere ei liceat**“ folgern, daß die **actio ex empto** hier dieselbe Natur, wie im Fall einer Eviction habe; vielmehr beziehen sich die gedachten Worte ohne Zweifel nur darauf, daß die verkauften Sachen solche sind, **quae haberi non possunt** (S. 11 ff.). Imgleichen können endlich die Worte, durch welche der Gegenstand der **actio ex empto** bezeichnet ist, mit der einen Ansicht so gut, wie mit der andern vereinigt werden. (vergl. S. 124). — Es läßt sich jedoch nicht läugnen, daß der Zusammenhang mehr für diejenige Ansicht spricht, derzufolge der Contract im Fall eines Irrthums des Käufers gültig ist. Die Ausführung in dem zweiten Theil des §. 5. **I. cit.** schließt sich nämlich in einer solchen Weise an die im Anfang der Stelle enthaltene Entscheidung („**frustra quis sciens emit**“) an, daß es offenbar am

nächsten liegt, für den dort behandelten Fall die entgegengesetzte Entscheidung, also die Anerkennung der Gültigkeit des Contracts zu erwarten. [11])

Das wichtigste Argument für die Annahme, daß in dem §. **5. I. de empt.** dieselben Grundsätze, wie für den Kauf eines freien Menschen, auch für den Kaufcontract über **res extra commercium** anerkannt seien, liegt aber jedenfalls in dem Schlußsatz: „**Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.**"

Dieser letztere Satz ist völlig klar, und es ist, wenn wir denselben mit dem übrigen Inhalt des §. 5. I. cit. verbinden, keine andere Auslegung möglich, als die zuletzt gedachte. Dessenungeachtet wird man, wie ich glaube, die oben aufgestellte, durch die Mehrzahl der in den Pandekten enthaltenen Stellen bestätigte Ansicht festhalten müssen.

Daß die Institutionen nicht unbedingt den Pandekten vorgehen, hat v. Savigny [12]) mit großer Klarheit nachgewiesen. Ein Vorzug derselben läßt sich nur dann behaupten, wenn sich in einer Stelle der Institutionen die Absicht des Gesetzgebers erkennen läßt, das bisherige Recht durch eine neue Vorschrift abzuändern, oder Zweifel, welche in demselben angeregt waren, zur schließlichen Erledigung zu bringen. In unserer Stelle findet sich aber nichts, was auch nur entfernt auf eine solche Absicht hindeutete. Auch würde ohne Zweifel, wenn dieselbe obgewaltet hätte, nicht eine Mehrzahl entgegenstehender Entscheidungen in die Pandekten aufgenommen sein. Insonderheit spricht gegen eine solche Absicht die **L. 23. D. de contr. empt.**, durch deren Einschaltung die Ungültigkeit des Kaufcontracts über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, eben für den Fall der Unwissenheit des Käufers bestimmt anerkannt wird (S. **121** ff.).

---

11) Zweifel dagegen erregen nur die Worte: „deceptus a venditore," indem diese allerdings der Ansicht, daß nur wegen dolus eine Entschädigungsklage begründet ist, günstiger sind. Doch läßt sich aus dem Gebrauch des Wortes decipi selbst dann, wenn eine bestimmte Person als Urheber der Täuschung bezeichnet ist, nicht mit Sicherheit folgern, daß diese Person durch ihren dolus die Täuschung herbeigeführt habe. Vergl. L. 1 §. 2. D. de Aed. Ed. (21. 1). — Bei einer sorgfältigern Redaction würde freilich der Gegensatz gegen das „sciens" wohl nicht durch die Worte: „deceptus a venditore" ausgedrückt sein.

12) System, I. §§. 43 ff., bes. S. 271. 278 ff. 284 ff.

Müssen wir aber annehmen, daß in dem §. 5. I. de empt. nur das bestehende Recht hat referirt werden sollen, so können wir auf denselben kein großes Gewicht legen. Bei der Abfassung der letzten §§. des Titels de emptione, denen die Institutionen des Gajus nicht zu Grunde liegen, scheint überhaupt nicht mit sonderlicher Sorgfalt zu Werke gegangen zu sein; und wie in den §. 3 dieses Titels ein sehr erheblicher Nachlässigkeitsfehler sich eingeschlichen hat, ebensowohl ist es möglich, daß die Compilatoren im §. 5 cit. die Ansicht des Pomponius über den Verkauf von Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, aufgenommen haben, ohne zu bedenken, daß diese Ansicht von den späteren Juristen nicht gebilligt sei. [13])

Dem Ausgeführten zufolge wird man der Institutionenstelle keinen Vorzug vor den Pandektenstellen einräumen können. Die Bestimmung, daß der Kaufcontract über einen freien Menschen dann gültig ist, wenn der Käufer mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt war, ist demnach als eine singuläre zu betrachten, und auf den Kaufcontract über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, nicht auszudehnen. [14])

---

§. 14.

Völlig unmögliche Leistungen. — Objective Unmöglichkeit. — Kaufcontract. (Fortsetzung.) — Sonstige Verträge.

Der Verkauf nicht existirender Gegenstände, zu welchem wir jetzt übergehen, wird nach denselben Grundsätzen beurtheilt, welche unserer

---

13) Vergl. über den §. 3 I. de empt. v. Savigny, System I. §. 45 Note d. In dem §. 3 cit. beruht die Einschaltung des Satzes; „idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus“ offenbar auf einer Nachlässigkeit der Compilatoren. Möglich wäre es, daß ganz in gleicher Weise die Hinzufügung der Schlußworte des §. 5: „idem juris est, etc.“ einem Versehen der Compilatoren zuzuschreiben wäre; wahrscheinlicher ist es jedoch, daß der Fehler nicht allein darin liegt, indem die Worte des §. 5 I. cit., auch abgesehen von dem Schlußsatz, ungezwungener mit der Ansicht sich vereinigen lassen, welche im Fall eines Irrthums des Käufers eine Gültigkeit des Contracts annimmt.

14) Ebenso nimmt auch Göschen, Vorlesungen, II. 2. S. 179 ein abweichendes Recht für den Kaufcontract über freie Menschen an.

Ansicht nach für den Kaufcontract über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, gelten. Die Richtigkeit desselben wird in folgenden Stellen anerkannt:

1. L. 15 pr. D. *de contr. empt.* (18. 1). *Paulus* l. 5 ad Sabinum.
   „Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, *nulla emptio est.*"
2. L. 8 pr. D. *eodem. Pompon.* l. 9 ad Sabinum.
   „Nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi: — — — [1])"
3. L. 44. D. *eodem. Marcian.* l. 3. Regular.
   „Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, *neque in vivo constat emptio.* [2])"
4. L. 1. D. *de hered. vend.* (18. 4). *Pomp.* l. 9 ad Sabinum.
   „Si hereditas venierit ejus, qui vivit, aut nullus sit, *nihil esse acti: quia in rerum natura non sit, quod venierit.*"
5. L. 7. D. *eodem. Paulus* l. 14 ad Plautium.
   „Cum hereditatem aliquis vendidit, *esse debet hereditas, ut sit emptio:* nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, (non) contrahitur emptio, et ideo pretium condicetur."

In allen diesen Stellen wird der Grundsatz, daß der Contract nichtig sei, ohne Einschränkung ausgesprochen, und zwar wird auf das Bewußtsein der handelnden Personen keine Rücksicht genommen. Die

---

1) Diese Stelle mit Donellus, comment. l. XIII. cap. 1 auf einen Kauf, dessen Gegenstand nicht bezeichnet ist, zu beziehen, läßt sich nach dem Zusammenhange nicht rechtfertigen. Ein Gegensatz gegen den folgenden, von der Zulässigkeit des Verkaufs einer res futura handelnden Theil der Stelle ergiebt sich nur, wenn man unter der venditio sine re den Verkauf einer zwar speciell bezeichneten, aber nicht existirenden Sache versteht.

2) Daß diese Stelle von einer theilweisen Unmöglichkeit handelt, thut ihrer Beweiskraft keinen Eintrag. Wird eine Nichtigkeit des Contracts schon dann angenommen, wenn nur der Eine Sclave vor der Abschließung des Contracts gestorben ist, so muß dies noch eher für den Fall gelten, wenn der ganze Gegenstand der Obligation (beide Sclaven) vor dem Verkauf zu existiren aufgehört hat.

letzte der Stellen setzt sogar einen Fall voraus, in welchem es dem Käufer unbekannt war, daß der verkaufte Gegenstand nicht vorhanden sei, indem sonst die condictio indebiti nicht hätte zugelassen werden können. (S. 121.) [3])

Von dem Entschädigungsanspruch des Käufers handeln:

L. 8. D. *de hered. vend.* (18. 4). *Javolenus* l. 2 ex Plautio.

L. 9. D. *eodem. Paulus* l. 33 ad Edict.

„Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit: ut si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur: si nulla est, de qua actum videatur, pretium duntaxat, et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur."

„Et si quid emptoris interest."

L. 21 pr. D. *de act. empti.* (19. 1). *Paulus* l. 33 ad Edict.

„Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor."

Von diesen Stellen gilt dasselbe, wie von denjenigen, welche sich auf die Entschädigung bei dem Verkauf von res extra commercium beziehen (S. 122 ff.); überdies liegt es in den Fällen, welche hier behandelt werden, sehr nahe, an einen dolus oder wenigstens an einen nicht entschuldbaren Irrthum des Verkäufers zu denken. Der Verkauf einer gar nicht existirenden Erbschaft, so wie der Verkauf des künftigen partus einer Sclavin, welche bereits das funfzigste Lebensjahr überschritten hat, wird nicht leicht erfolgen, ohne daß dem Verkäufer zum Mindesten eine culpa lata zur Last fällt.

Ueber das Object der Entschädigungsklage kann nicht wohl ein Zweifel obwalten. Die allgemeinen Grundsätze sprechen dafür, daß nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, welcher in der Abschließung

---

3) Mühlenbruch, Pandekten §. 338 Note 26 bezieht diese Stelle, so wie die L. 8. D. eodem, auf eine emptio spei. Wie er dazu kommt, ist unbegreiflich, da in der L. 7 cit. ausdrücklich gesagt wird, daß nicht eine alea, sondern eine res den Gegenstand des Vertrags bilde, und da ferner in beiden Stellen eine Zurückforderung des Kaufpreises für den Fall des Nichtvorhandenseins des Objects zugelassen wird, während bei der emptio spei das Gegentheil gelten würde; vergl. L. 8 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1).

des Vertrages seinen Grund hat (§. 11). Ueberdies wird sehr häufig eine Schätzung der unmöglichen Leistung in den hier zur Frage stehenden Fällen durchaus unthunlich sein.

Demgemäß führt Javolenus in **L. 8. D. de hered. vend.**, während er bei dem Verkauf einer vorhandenen, aber dem Verkäufer nicht gehörenden Erbschaft eine Schätzung derselben eintreten läßt, für den Fall des Verkaufs einer nicht existirenden Erbschaft als Gegenstände, auf welche von Seiten des Käufers geklagt werden kann, neben dem gezahlten Kaufpreise nur die in Veranlassung des Contracts gemachten Auslagen an. Diese werden nämlich in der Regel den Hauptgegenstand desjenigen Interesse ausmachen, welches der Käufer daran hat, über die wahre Sachlage nicht getäuscht zu sein. Da jedoch das gedachte Interesse unter Umständen über die Auslagen hinausgehen kann, so ist es nur zu billigen, daß die Compilatoren den Ausspruch des Javolenus durch Hinzufügung der in **L. 9 cit.** enthaltenen Worte des Paulus ergänzt haben.

In der **L. 21 pr. D. de act. empt.** wird allerdings die Entschädigungsklage als eine **actio ex empto** bezeichnet. Daß hierdurch eine andere Berechnung des Interesse hat angedeutet werden sollen, können wir aber um so weniger annehmen, als eine Schätzung auch in diesem Falle nicht wohl thunlich gewesen sein würde. Von der Anwendung der **actio ex empto** gilt hier dasselbe, wie bei dem Verkauf von Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (§. 13 Note 7). Ueberdies findet sich noch Eine Stelle, die von der theilweisen Unmöglichkeit handelnde **L. 57 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1)**, welche die von uns aufgestellte Ansicht über das Object der Enschädigungsklage sehr entschieden unterstützt (§. 17 Note 13).

Von der Regel, welche in den bisher betrachteten Stellen anerkannt wird, haben wir eine Ausnahme zu machen, welche sich auf den Verkauf von Forderungen bezieht. Die Leistung einer nicht existirenden Forderung ist nämlich ebenso unmöglich, wie die Leistung einer nicht existirenden Erbschaft (S. 11). Diese Unmöglichkeit wird sich aber nur dann behaupten lassen, wenn die Forderung nie existirt oder **ipso jure** zu existiren aufgehört hat. Steht der Klage nur eine Einrede entgegen, so kann eine Unmöglichkeit der Leistung nicht angenommen werden, schon aus dem Grunde, weil es der Wege manche giebt, die Einrede zu beseitigen. — Wollte man hier die Grundsätze über unmögliche Leistungen zu Grunde legen, so würde man also die verschiedenen Fälle unterscheiden müssen. Die römischen Juristen scheinen

eine solche Unterscheidung, welche leicht zu Unzuträglichkeiten geführt hätte, nicht gemacht zu haben; sie sprechen sich vielmehr dahin aus, der Verkäufer müsse prästiren, daß die Forderung existire und nicht durch eine Exception entkräftet sei;[4]) daraus aber folgt die Gültigkeit der Verpflichtung auch für den Fall, daß die Forderung nicht existirt, so wie gleichfalls, daß der Käufer hier ein wahres Geldäquivalent der unmöglichen Leistung in Anspruch nehmen kann.[5]) Doch ist allerdings vorauszusetzen, erstens, daß der Käufer die Forderung für bestehend gehalten hat, und ferner, daß das Object der angeblichen Forderung in der Weise bezeichnet ist, daß eine Schätzung desselben vorgenommen werden kann. Außerdem dürfte die Gültigkeit des Verkaufs auf den Fall zu beschränken sein, wenn die Nichtexistenz der Forderung den alleinigen Grund der Unmöglichkeit der Leistung bildet. Ist auch das angebliche Object der Forderung ein solches, daß die Leistung desselben unmöglich ist, dann werden die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gebracht werden müssen.

Wir haben jetzt noch einige Bemerkungen hinzuzufügen, welche gleichmäßig für den Verkauf einer nicht existirenden und einer dem Verkehr entzogenen Sache gelten. Sie beziehen sich auf das Bewußtsein der handelnden Personen.

Hier steht nun zunächst so viel fest, daß die Nichtigkeit des Contracts lediglich als Folge der Unmöglichkeit der Leistung eintritt, und zwar völlig in gleicher Weise, ob die handelnden Personen das wahre Sachverhältniß gekannt haben, oder darüber im Irrthum gewesen sind. — Nur ausnahmsweise wird der Contract als gültig angesehen, und dann allerdings als Bedingung der Gültigkeit ein Irrthum des Käufers erfordert.

---

4) L. 74 §. 3. D. de evict. (21. 2). L. 4. L. 5. init. D. de hered. vend. (18. 4).

5) Dies wird anerkannt in L. 5. D. de hered. vend. (18. 4) in den Worten: „Sed si etc.," welche nach dem Zusammenhang mit L. 4 eod. nicht bloß auf den Fall, wenn der verkauften Forderung eine Exception entgegensteht, bezogen werden dürfen. — Uebrigens können gerechte Bedenken dagegen erhoben werden, daß die certa summa, auf welche nach dem Vertrage das nomen lauten soll, auch immer das wahre Geldäquivalent desselben ist.

Von diesen Ausnahmen hat jedoch die eine, welche auf den Verkauf freier Menschen sich bezieht, gegenwärtig keine praktische Bedeutung mehr, und auch die zweite Ausnahme hat durch die **Lex Anastasiana** ihre Bedeutung im Wesentlichen verloren.

Ein Anspruch des Käufers auf Entschädigung ist nur dann begründet, wenn der Verkäufer mit der Unmöglichkeit der Leistung bekannt war, oder sich in einem nicht zu entschuldigenden Irrthum über dieselbe befand. [6]) — Umgekehrt setzt die Entschädigungsklage, wie oben (S. 108) ausgeführt ist, in der Person des Käufers voraus, daß er in einem entschuldbaren Irrthum über die Unmöglichkeit der Leistung gewesen ist.

Das Letztere scheint auch in der **L. 15 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1)** anerkannt zu sein. Nachdem nämlich in dem **princ.** dieser Stelle der Kauf einer nicht existirenden Sache für nichtig erklärt ist, fährt der Jurist im §. 1 folgendergestalt fort:

> „**Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit.**“

Ein entschiedenes Zeugniß können wir zwar in dieser Stelle nicht

---

6) Die Gründe für diese Ansicht sind oben (S. 122 ff. u. S. 133) ausgeführt. — Glaubt man dieselbe mit den dort erklärten Stellen (L. 8 §. 1. D. de relig. L. 62 §. 1. D. de contr. empt. L. 8. D. de hered. vend. L. 21 pr. D. de act. empti) nicht vereinigen zu können, so muß man, insofern nur der Käufer in einem entschuldbaren Irrthum sich befunden hat, immer eine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer zulassen, ohne alle Rücksicht darauf, ob demselben eine Verschuldung zur Last fällt oder nicht. Die Meinung, daß der Entschädigungsanspruch des Käufers davon abhängig zu machen sei, daß der Verkäufer einer levis culpa sich schuldig gemacht habe, wird nämlich jedenfalls zurückzuweisen sein. Der Grund, welcher vorzugsweise es rechtfertigt, in den angeführten Stellen einen dolus oder eine culpa lata des Verkäufers zu supponiren, liegt darin, daß im römischen Recht nur der dolus, dem die culpa lata gleichsteht, allgemein als causa obligationis anerkannt ist. Dies trifft aber in Ansehung der culpa levis nicht zu, indem diese, abgesehen von den Bestimmungen der lex Aquilia, von deren analoger Anwendung hier nicht die Rede sein kann, nicht als causa obligationis vorkommt, während allerdings in einzelnen Fällen eine Verpflichtung zur Entschädigung ohne Rücksicht auf eine etwaige Verschuldung des Verpflichteten angenommen wird. Es würde demnach an jeder Grundlage fehlen, auf welche die Voraussetzung einer auf den Grad der levis culpa sich beschränkenden Verschuldung des Verkäufers in den oben citirten Stellen sich stützen könnte. Vergl. auch v. Savigny, System III. §. 138 Note d.

finden, da in den Worten des §. 1 selbst keine bestimmte Beziehung auf den im princ. der L. 15 enthaltenen Fall angedeutet ist. Am nächsten liegt es aber gewiß, an die Entschädigungsklage zu denken, welche ungeachtet der Nichtigkeit des Kaufs zugelassen wird. [7])

Aus dem Grundsatze, daß der Irrthum des Käufers ein entschuldbarer sein muß, folgt, daß in den Fällen einer absoluten Unmöglichkeit dem Käufer fast nie eine Entschädigungsklage zustehen wird, indem der Irrthum in diesen Fällen nicht leicht ein entschuldbarer sein wird. So wird z. B. derjenige, welcher einen **hippocentaurus** kauft, sich auf seine Unwissenheit nicht berufen können. Aber auch in Fällen relativer Unmöglichkeit wird der Irrthum des Käufers aus dem angeführten Grunde häufig keine Berücksichtigung finden können; so z. B. wenn Jemand eine öffentliche Landstraße oder den Marktplatz einer Stadt kauft. [8])

Wir wenden uns schließlich zu der Frage, welche Wirkungen dem **dolus** des Käufers, dem auch hier die **culpa lata** gleichsteht, beizulegen sind. Daß der Käufer, welcher den mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannten Verkäufer zu einem auf dieselbe sich beziehenden Geschäft verleitet hat, diesem den dadurch verursachten Schaden erstatten muß, folgt aus den allgemeinen Regeln, welche das römische Recht über die Wirkungen

---

7) Möglicherweise könnte jedoch die L. 15 §. 1 cit. auch auf die, dem Käufer auf Rückzahlung des Kaufpreises gestattete condictio indebiti zu beziehen sein. — Ganz anders erklärt Richelmann, Einfl. des Irrth. S. 20, die Stelle, indem er in derselben den Satz ausgesprochen findet, daß der Käufer, welcher in einem nicht entschuldbaren Irrthum sich befunden hat, auf Zahlung des Kaufpreises belangt werden könne. — Wäre diese Erklärung richtig, so würde, da die Zulassung einer Klage auf Erfüllung des Contracts (Zahlung des Kaufpreises) eine wenigstens theilweise Gültigkeit der Obligation voraussetzt, der §. 1 der L. 15 cit. eine Ausnahme von der im princ. derselben Lex ganz allgemein aufgestellten Regel enthalten. Daß aber ein solches Verhältniß zwischen dem §. 1 und dem princ. der L. 15 besteht, wird durch die Worte der Stelle nicht im Entferntesten angedeutet. — Schon deshalb würden wir den im Text und zu Anfang der Note aufgestellten Erklärungen vor der zuletzt erwähnten den Vorzug geben müssen. Zudem wird sich aber unten ergeben, daß der Satz selbst, welchen Richelmann in der L. 15 §. 1 cit. ausgesprochen findet, unrichtig ist.

8) Hiernach läßt es sich nicht läugnen, daß die im §. 5 I. de empt. (3. 23) aufgeführten Beispiele nicht eben passend gewählt sind; so wird z. B. bei dem Kauf eines forum gewiß nicht leicht ein entschuldbarer Irrthum vorkommen können. Darauf können wir jedoch um so weniger Gewicht legen, als der §. 5 I. cit. auch in anderer Beziehung nicht eben sorgfältig redigirt ist.

des dolus aufstellt. Gewiß ist die Seltenheit solcher Fälle der Grund, daß wir diesen Satz nicht durch den Ausspruch eines römischen Juristen belegen können. Ferner ist es nach den Grundsätzen über die condictio indebiti keinem Zweifel unterworfen, daß der Käufer, welcher die Nichtigkeit des Contracts gekannt und doch den Kaufpreis gezahlt hat, diesen nicht zurückfordern kann.

Einige neuere Juristen [9]) sind aber noch weiter gegangen; nach ihrer Ansicht soll der Käufer, welcher die Unmöglichkeit der Leistung kannte, auf Zahlung des Kaufpreises belangt werden können. Gegen diese Ansicht spricht namentlich, daß grade für den Fall, wenn der Käufer wußte, daß die Leistung unmöglich sei, die Nichtigkeit des Kaufs auf das Entschiedenste anerkannt wird. Ist aber der Kauf nichtig, so kann eine Klage des Verkäufers auf das pretium nicht aus demselben hergeleitet werden. — Die gedachte Ansicht wird auch weder durch Quellenzeugnisse, [10]) noch durch innere Gründe [11]) unterstützt.

Während bei dem Kaufcontract und der Stipulation ein erhebliches Quellenmaterial uns zu Gebote steht, fehlt es daran gänzlich für die übrigen Verträge.

Nach der von uns aufgestellten Ansicht gelten aber für die Stipulation und den Kaufcontract ganz dieselben Bestimmungen. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß diese auch auf die übrigen Verträge anzuwenden sind. Unserer Ansicht nach ist also jeder Vertrag über eine objectiv unmögliche Leistung, sofern die Unmöglichkeit eine völlige ist, als nichtig zu betrachten, und eine Entschädigungsklage ge-

---

9) Z. B. Richelmann a. a. O. S. 20. S. 83 ff.

10) Die Stellen, auf welche diese Ansicht gestützt wird, sind L. 15 §. 1. D. de contr. empt. und namentlich L. 57 §. 2. D. eodem. Von der ersten Stelle ist bereits in der Note 7 die Rede gewesen; über die letztere siehe unten §. 17.

11) Richelmann a. a. O. S. 85 beruft sich für seine Ansicht darauf, daß das wissentliche Versprechen einer Nichtschuld der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld gleichstehe. Bei dieser Deduction ist jedoch die Gegenseitigkeit der durch den Kaufcontract begründeten Obligation, derzufolge jeder Contrahent die Erfüllung seines Versprechens von dem Erfolgen der Gegenleistung abhängig macht, völlig außer Acht gelassen.

gen den Schuldner nur dann zuzulassen, wenn dieser sich eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht hat. [12])

---

§. 15.

Völlig unmögliche Leistungen. — In den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit.

Wir haben hier nur mit derjenigen Unmöglichkeit zu thun, welche zugleich in der Beschaffenheit der Leistung ihren Grund hat, indem jede andere in den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit erst später eintreten kann, oder doch nur eine vorübergehende Natur hat (vergl. §. 10).

Die gedachte Art der Unmöglichkeit wird der objectiven Unmöglichkeit gleichgestellt. Die Obligation, welche auf eine in dieser Weise unmögliche Leistung gerichtet ist, wird demnach als nichtig betrachtet.

---

12) Nimmt man an, daß dem Käufer, sofern er sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat, immer eine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer zusteht (s. oben Note 6), so muß man, da ein Gleiches für die Stipulation jedenfalls nicht angenommen werden kann (vergl. §. 12), für das römische Recht einen Unterschied zwischen der Stipulation und dem Kaufcontract statuiren. Man muß dann annehmen, daß die Gründe, weshalb die römischen Juristen in Ansehung der Verpflichtung des Verkäufers zur Entschädigung über die allgemeinen Regeln hinausgegangen seien, theils in der Gegenseitigkeit der Obligation, theils in der freieren Natur des Contracts gelegen haben, während bei der Stipulation die strenge Natur des Geschäfts einem jeden Hinausgehen über dasjenige, was aus den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen des dolus sich ableiten läßt, entgegengestanden habe. — Was das heutige Recht betrifft, so würde nach der hier erwähnten Ansicht ein Unterschied zu machen sein, je nachdem die unmögliche Leistung mit Beziehung auf eine Gegenleistung oder schenkungsweise versprochen ist. Im ersten Fall würden die Bestimmungen über die Verpflichtung des Verkäufers zur Entschädigung anzuwenden sein, im zweiten Fall würde dagegen nur wegen dolus und culpa lata des Versprechenden eine Entschädigungsklage zugelassen werden können. Das Letztere würde allerdings nicht aus den Bestimmungen über die Stipulation sich herleiten lassen, da diese für das heutige Recht keine Bedeutung haben; dafür würde aber die Analogie der Bestimmung in L. 18 §. 3. D. de donat. (39. 5) sprechen, so wie der Grund, welcher in L. 62. D. de Aed. Ed. (21. 1) zur Motivirung einer anderen Bestimmung angeführt wird: „ne — — liberalitatis suae donator poenam patiatur." — Bei der von uns angenommenen Ansicht fallen selbstverständlich alle derartige Unterscheidungen weg.

So wird es anerkannt, daß eine Stipulation, gerichtet auf Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, welche der Stipulator wegen des ihm mangelnden commercium nicht erwerben kann, unwirksam ist.[1]) Ebenso die Stipulation einer Prädialservitut, wenn das Grundstück, für welches die Servitut bestellt werden soll, dem Stipulator nicht gehört.[2])

Gleicherweise wird die Nichtigkeit der Obligation für den Fall anerkannt, wenn die Leistung aus dem Grunde nicht erfolgen kann, weil das Recht, dessen Uebertragung versprochen ist, dem Gläubiger bereits zusteht. Die Stipulation, welche auf Eigenthumsübertragung an einer Sache gerichtet ist, deren Eigenthum der Creditor bereits hat, ist demnach ungültig.[3]) Ebenso der Kauf der eigenen Sache,

---

1) §. 2 I. inut. stipul. (3. 19). L. 34. D. de V. O. (45. 1). Dasselbe gilt als Regel auch bei Vermächtnissen, wenn dem Honorirten das commercium in Ansehung der vermachten Sache fehlt. L. 49 §. 2 de leg. 2 (31). L. 62. D. de acq. rer. dom. (41. 1). Doch bestanden hierüber verschiedene Ansichten unter den römischen Juristen, indem einige annahmen, daß in diesem Fall der Geldwerth der Sache als das Object des Vermächtnisses anzusehen sei. Die L. 40. D. de leg. 1 (30) bezieht sich auf das Vermächtniß einer fremden Sache, welche auch der Onerirte, weil ihm das commercium fehlt, nicht erwerben kann; hier kommt es nicht in Betracht, daß zugleich dem Honorirten das commercium fehlt, weil in dem gedachten Fall immer die aestimatio als Gegenstand des Vermächtnisses betrachtet wird; L. 49 §. 3. D. de leg. 2 (31). Puchta, Vorlesungen II. S. 433. — Beruht die Unfähigkeit des Vermächtnißnehmers, die Sache zu erwerben, auf factischen Gründen, so wird die aestimatio geleistet; vergl. bes. L. 114 §. 5. D. de leg. 1 (30). In der Regel wird übrigens hier nicht sowohl eine eigentliche Unmöglichkeit des Rechtserwerbs vorliegen, als vielmehr das Recht selbst der factischen Umstände wegen dem Vermächtnißnehmer nutzlos sein. — Bei Verträgen kann der zuletzt erwähnte Fall nicht wohl vorkommen; vergl. §. 10 Note 5.

2) Fr. Vat. §. 56. L. 7 §. 1 i. f. L. 17. D. de stip. serv. (45. 3).

3) §. 2 I. de inut. stip. (3. 19). L. 1 §. 10. D. de O. et A. (44. 7). L. 82 pr. D. de V. O. (45. 1). Demgemäß ist denn auch die Stipulation ungültig, wenn die Eigenthumsübertragung für den Fall stipulirt ist, daß die Sache dem Stipulator gehören werde. L. 87. D. eodem. §. 22 I. de inut. stip. (3. 19). — Ebenso, wie die Stipulation einer res sua, ist auch das Vermächtniß einer dem Honorirten bereits gehörigen Sache ungültig. §. 10 I. de leg. (2. 20). L. 41 §. 2. D. de leg. 1 (30). L. 13. C. de legatis (6. 37). Doch gilt dies in dieser Allgemeinheit nur, insofern die Sache dem Honorirten bereits zur Zeit der Testamentserrichtung gehörte, indem die Wirkungen eines späteren Erwerbs der Sache, sei er auch noch bei Lebzeiten des Testators erfolgt, nach den für diese Art der nachfolgenden Unmöglichkeit geltenden Grundsätzen (§. 22) beurtheilt werden; §. 6 I. de legatis (2. 20). Die römischen

überhaupt der Kauf eines dem Käufer bereits zustehenden Rechts: **emptio rei suae non consistit.** [4]) Dasselbe gilt von der Miethe einer eigenen Sache. [5])

Diese Sätze werden in verschiedenen Anwendungen in den Quellen anerkannt. — So wird z. B. die auf zwei Gegenstände alternativ gerichtete Stipulation, wenn der eine Gegenstand bereits im Eigenthum des Gläubigers steht, als eine einfache Stipulation betrachtet. [6]) — Kauft der Verpfänder die verpfändete Sache vom Pfandgläubiger, so ist kein Kauf vorhanden; demgemäß kann der Verpfänder nicht mit der **actio ex empto** das Pfandobject in Anspruch nehmen, wenn er auch das **pretium** offerirt; er muß vielmehr, um die Sache zu erlangen, den Gesammtbetrag der Schuld, für welche dieselbe verpfändet ist, offeriren. [7]) — Wenn endlich ein Kaufcontract über eine fremde Sache unter einer **in diem addictio** abgeschlossen ist, so gilt die Bedingung nicht als vereitelt, falls der Eigenthümer der Sache einen höheren Kaufpreis bietet, weil mit diesem ein gültiger Kaufcontract nicht abgeschlossen werden kann. [8])

Die Ungültigkeit der Obligation ist durchaus unabhängig davon, ob der Gläubiger es wußte oder nicht wußte, daß das dem Vertrag zufolge ihm zu übertragende Recht ihm bereits gehöre; [9]) ebenfalls kommt es

---

Juristen haben sich übrigens davor bewahrt, von dem Grundsatze, daß das Vermächtniß einer dem Honorirten gehörigen Sache nichtig sei, solche Anwendungen zu machen, welche zwar der strengen Consequenz entsprechen, aber in offenbaren Widerspruch mit dem wahren Willen des Testators treten würden; vergl. L. 39 §. 2. D. de leg. 1 (30). Ueber die L. 1. §. 2. D. de reg. Caton. (34. 7), welche den oben citirten Stellen zu widersprechen scheint, vergl. unten §. 16 Note 4.

4) L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17). L. 21. D. de usurp. (41. 3). L. 4. L. 10. C. de contr. empt. (4. 38).

5) L. 45 pr. D. de R. J. (50. 17). L. 20. C. de locato (4. 65). L. 21. D. de usurp. (41. 3).

6) L. 72 §. 4 init. D. de solut. (46. 3). L. 128. D. de V. O. (45. 1). Andere Anwendungen in L. 9 pr. L. 18 §. 1. D. de stip. serv. (45. 3).

7) L. 40 pr. D. de pign. act. (13. 7). L. 39 pr. D. de contr. empt. (18. 1). Anders, wenn ein Dritter für den Verpfänder die Sache vom Pfandgläubiger kauft. Hier geht das Eigenthum zunächst auf den Dritten und erst von ihm wieder auf den Verpfänder über. L. 22 §. 3. D. mandati (17. 1).

8) L. 14 §. 3. D. de in diem addict. (18. 2).

9) L. 1 §. 10 de O. et A. (44. 7). L. 16 pr. D. de contr. empt. (18.1): Suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi: sed si ignorans

nicht darauf an, ob der Schuldner die Unmöglichkeit gekannt hat oder nicht. [10])

Wenn eine Gegenleistung bedungen ist, so bezieht sich die Nichtigkeit unzweifelhaft auf das ganze obligatorische Verhältniß. [11]) Der Käufer ist also selbst dann, wenn er die Unmöglichkeit kannte, nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen; [12]) dagegen kann er den bereits gezahlten Kaufpreis in diesem Fall nach den Grundsätzen über die **condictio indebiti** nicht zurückfordern. [13])

Ueber die Frage, wann die eine Partei der andern Entschädigung zu leisten habe, findet sich in den Quellen nichts erwähnt. Insofern die Unmöglichkeit der Leistung in den Verhältnissen des Gläubigers ihren Grund hat, ist es jedoch keinem Zweifel unterworfen, daß nur durch **dolus (culpa lata)** eine Verpflichtung zur Entschädigung begründet werden kann. Dies muß selbst dann angenommen werden, wenn man den Schuldner der Regel nach zur Entschädigung verpflichtet hält, sofern nur der Gläubiger mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht bekannt war (vergl. §. 14 Note 6 und 12). Denn, wenn es auch im Allgemeinen besonders Sache des Schuldners ist, sich vor Abschließung eines Vertrages über die Möglichkeit der versprochenen Leistung zu vergewissern, so läßt sich doch eine solche vorzugsweise Verpflichtung auf Seiten des Schuldners nicht behaupten, wenn es sich um eine Unmöglichkeit handelt, welche in den Verhältnissen des Gläubigers ihren Grund hat. Vielmehr wird man der Regel nach von einem Jeden erwarten müssen, daß er seine eigenen Verhältnisse kenne.

---

§. 16.

Völlig unmögliche Leistungen. — Dauer der Unmöglichkeit.

Zwischen den einzelnen Fällen unmöglicher Leistungen besteht ein erheblicher Unterschied, wenn wir auf die Dauer der Unmöglichkeit

---

emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. L. 20. C. de locato (4. 65).

10) L. 37. D. de cond. indeb. (12. 6).

11) Demgemäß heißt es in L. 16 pr. D. de contr. empt.: nulla obligatio fuit.

12) A. M. ist auch hier Richelmann a. a. O. S. 101. Vergl. jedoch oben S. 138.

13) L. 16 pr. D. de contr. empt. (18. 1). L. 37. D. de cond. indeb. (12. 6).

sehen. In einigen Fällen fehlt es an jeglicher Aussicht, daß demnächst die Unmöglichkeit gehoben werde, so z. B. wenn eine absolut unmögliche Leistung versprochen ist, wie die Leistung eines **hippocentaurus**, oder wenn die zu leistende Sache in der Art untergegangen ist, daß eine Wiederherstellung derselben nie und unter keinen Umständen erfolgen kann, wie im Fall des Versprechens eines bereits gestorbenen Thieres. In anderen Fällen ist eine näher oder ferner liegende Aussicht vorhanden, daß das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß später gehoben werde. So kann eine dem Verkehr entzogene Sache durch eine Aenderung der Gesetze diese Eigenschaft verlieren; unter Umständen kann sie auch nur auf eine bestimmte, kürzere oder längere Zeit dem Verkehr entzogen sein. Insofern die Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß die zu leistende Sache dem Gläubiger bereits gehört, kann dieselbe dadurch gehoben werden, daß der Gläubiger das ihm zustehende Recht veräußert.

Es wirft sich uns die Frage auf, ob auch in den zuletzt erwähnten Fällen diejenigen Folgen der Unmöglichkeit eintreten, welche in den vorhergehenden §§. aufgeführt sind, oder ob nur dann eine Nichtigkeit des Geschäfts angenommen wird, wenn jede Aussicht auf demnächstige Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen ist. Erst mit der Beantwortung dieser Frage kann die Untersuchung über die völlig unmöglichen Leistungen als geschlossen gelten.

Im Nachfolgenden haben wir zu unterscheiden, ob die Parteien bei Abschließung des Vertrages (oder der Erblasser bei Anordnung des Vermächtnisses) auf die demnächstige Hebung der Unmöglichkeit Rücksicht genommen, oder dies zu thun unterlassen haben.

Wir betrachten zunächst den letzten Fall. Es läßt sich hier eine sehr verschiedene Behandlung denken. Die Extreme sind folgende. Es kann allein auf die Zeit der Abschließung des Vertrages gesehen und eine Nichtigkeit des Geschäfts immer angenommen werden, wenn nur zu dieser Zeit eine Unmöglichkeit der Leistung vorhanden ist. Auf der andern Seite kann man sagen, eine Nichtigkeit des Geschäfts solle erst dann eintreten, wenn es gewiß sei, daß die Unmöglichkeit nicht mehr gehoben werden könne.

Die erste Behandlung hat das für sich, daß die Obligationen im Zweifel auf sofortige Erfüllung berechnet sind. Sehen wir jedoch auf den Grund, weshalb die auf eine unmögliche Leistung gerichtete Obligation als unwirksam zu betrachten ist (§. 11), so können wir dieselbe nicht für richtig halten. Sofern ein nur vorübergehendes Hinderniß

der Leistung entgegensteht, ist, wenn die Parteien dasselbe kennen, zwar ein ernstlicher Wille auf sofortige Erfüllung ausgeschlossen; es läßt sich aber, wenn auch keine desfällige Verabredung getroffen ist, nicht für alle Fälle behaupten, daß nicht die Absicht der Parteien auf eine demnächstige Erfüllung gerichtet gewesen sei, zumal da im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß die Parteien bewußter Weise einen nichtigen Act vorgenommen haben sollten. Imgleichen läßt sich für den Fall, daß die Parteien das vorübergehende Hinderniß nicht gekannt haben, nicht allgemein die Behauptung aufstellen, sie hätten, wenn dasselbe ihnen bekannt gewesen wäre, über die zur Frage stehende Leistung keine Obligation abgeschlossen. Dem Gläubiger kann es vortheilhafter sein, die Leistung, wenn auch erst später, zu erhalten, als ganz darauf zu verzichten; der Schuldner aber, welcher sich zur sofortigen Erfüllung verpflichtet hat, kann sich jedenfalls nicht beschweren, wenn die Erfüllung in einem späteren Zeitpunkt, nach Entfernung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses, von ihm verlangt wird.

Man könnte demnach geneigt sein, der zweiten Behandlung den Vorzug zu geben. Dieser stehen aber in der That eben so große Bedenken entgegen. Soll die Entscheidung der Frage, ob der Vertrag gültig oder ungültig ist, aufgeschoben werden, bis die Leistung möglich geworden ist, oder bis es völlig feststeht, daß das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß nicht beseitigt werden wird, so wird die Obligation häufig auf eine, oft sehr lange und nicht im Voraus zu berechnende Zeit im Ungewissen bleiben. Der wahre Wille der Parteien, der doch im Zweifel auf sofortige Erfüllung gerichtet ist, wird in sehr vielen Fällen durch eine derartige Suspendirung der Obligation nicht zur Geltung kommen. Außerdem ist es aber für die Verkehrs- und Credit-Verhältnisse von Wichtigkeit, daß die Zahl solcher schwebender, ungewisser Verpflichtungen nicht unnöthig vermehrt werde.

Das römische Recht hat daher mit gutem Grunde keinen der eben erwähnten Wege, sondern einen zwischen denselben in der Mitte liegenden Weg eingeschlagen. Die wichtigsten Stellen, in welchen dies ausdrücklich anerkannt wird, sind folgende:

§. 2 I. *de inut. stip.* (3. 19).

„Idem juris (aeque inutilis) est (stipulatio), si rem sacram aut religiosam — — — — —, vel publicam, quae usibus populi *perpetuo* exposita sit, — — — vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus

commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. *Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est.* — —"

L. 83 §. 5. D. *de V. O.* (45. 1). *Paul.* l. 72 ad Edict. „Sacram, vel religiosam rem, vel usibus publicis *in perpetuum* relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, *inutiliter* stipulor: *quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest.* — — —"

Aus diesen Stellen geht hervor, daß bei Verträgen zwar die bloße Aussicht auf demnächstige Entfernung des Hindernisses nicht in Betracht kommt, daß aber auf der andern Seite auch eine Nichtigkeit des Geschäfts nicht schon dann angenommen wird, wenn das Hinderniß, welches der Erfüllung entgegensteht, nur als ein vorübergehendes zu betrachten ist. [1]) Es wird nämlich ausdrücklich bemerkt, daß das Versprechen einer res publica nur dann nichtig sei, wenn diese Sache „in perpetuum" zur öffentlichen Benutzung bestimmt sei. Dasselbe wird in noch größerer Allgemeinheit ausgesprochen in:

L. 35 §. 1. D. *de V. O.* (45. 1). *Paulus* l. 12 ad Sabin. „Item, quod leges fieri prohibent, si *perpetuam causam servaturum est,* cessat obligatio: — — —." [2])

---

1) Dasselbe gilt für Vermächtnisse. Daß die nach Anordnung des Vermächtnisses erfolgte Beseitigung des Hindernisses nicht in allen Fällen berücksichtigt wird, geht hervor aus L. 41 §. 2. D. de leg. 1 (30).

2) Die abgedruckten Worte lassen sich zwar auch auf ein gesetzliches Verbot beziehen; eine Vergleichung derselben mit dem princ. der Stelle, wo von demjenigen, „quod natura fieri non concedit," die Rede ist, spricht jedoch dafür, sie auf die juristische Unmöglichkeit zu beziehen. Zudem leidet der zur Frage stehende Satz auf unsittliche und verbotene Handlungen keine Anwendung. Ist die Handlung, welche zum Gegenstande des Vertrages gemacht ist, eine verbotene, so ist die Abschließung des Vertrages selbst schon gegen die gute Sitte („statim contra mores"), wenn auch das Verbot sich nur auf einen vorübergehenden Zustand bezieht; vergl. auch L. 144. D. de R. J. (50. 17). Die in der L. 35 §. 1. D. cit. beispielsweise angeführten Handlungen sind allerdings solche, welche zugleich juristisch unmöglich und verboten sind. Aus der Entscheidung ergiebt es sich aber, daß sie als Belege für die Richtigkeit der Regel sehr unpassend gewählt sind; es kommt, wenn ein gesetzliches Ehehinderniß der Eingehung der versprochenen Ehe entgegensteht, wegen

Es ist nun näher zu bestimmen, wann der Unmöglichkeit eine dauernde, wann eine bloß vorübergehende Natur beizulegen ist. Diese Frage kann nicht wohl anders aufgeworfen werden, als wenn der Gegenstand, auf welchen die Obligation sich bezieht, und welcher von den handelnden Personen als bestehend vorausgesetzt wurde, vorhanden ist. Fehlt es daran, so ist die Obligation immer nichtig. In allen Stellen, welche diesen Fall behandeln, wird lediglich auf die Zeit der Abschließung des Vertrages, beziehungsweise der Anordnung des Vermächtnisses gesehen, und die Nichtigkeit der Obligation ohne Beschränkung ausgesprochen, wenn der Gegenstand derselben, dessen Dasein von den Contrahenten oder dem Erblasser vorausgesetzt ist, zu der angegebenen Zeit nicht existirt hat. Zwar kann später eine Sache entstehen, an welcher sich die Merkmale finden, welche die zum Gegenstand der Obligation gemachte Sache haben sollte. Aber selbst im Fall eines solchen Zusammentreffens fehlt es an der Identität der später entstandenen Sache mit der von den Parteien gemeinten; schon aus der späteren Entstehung ergiebt es sich, daß die Contrahenten oder der Erblasser diese Sache bei Abschließung des Vertrages oder Anordnung des Vermächtnisses nicht vor Augen gehabt haben. [3])

Wir beschränken uns also auf diejenigen Fälle, in welchen die Unmöglichkeit der Leistung nicht in dem Nichtvorhandensein des Gegenstandes der Obligation ihren Grund hat. Damit hier der Unmöglichkeit eine dauernde Natur beigelegt werde, können wir nicht verlangen, daß ein ungewöhnliches und nicht als wahrscheinlich vorauszusetzendes Ereigniß dazu gehöre, um sie zu heben. Die Veräußerung einer Sache ist in den meisten Fällen durchaus kein ungewöhnliches Ereigniß, und doch ist es anerkannt, daß das Versprechen einer Sache,

---

der Rechtswidrigkeit des Versprechens gar nicht darauf an, ob das Verbot auf einen dauernden Zustand sich bezieht oder nicht. — Für uns kommt die L. 35 §. 1 cit. nur insofern in Betracht, als sie zur Bestätigung des Satzes dient, daß die Unmöglichkeit der Leistung, um eine Nichtigkeit des Vertrages zu veranlassen, eine dauernde Natur haben muß.

3) So ist, z. B. wenn das Füllen eines bestimmten Pferdes als ein schon existirendes verkauft wird, und das gedachte Pferd erst später ein Füllen bekommt, dieses später geborene Füllen offenbar nicht dasjenige, welches die Contrahenten zum Gegenstande der Obligation haben machen wollen. War ferner das verkaufte Haus zur Zeit der Abschließung des Vertrages abgebrannt, so kann zwar ein neues Haus auf demselben Platz wieder aufgebaut werden; das letztere würde aber nicht dasjenige Haus sein, welches die Parteien zum Gegenstande der Obligation gemacht haben.

welche dem Gläubiger bereits gehört, ohne Rücksicht auf den möglichen späteren Verlust des Eigenthums nichtig ist.[4]) Wir müssen auf die Beschaffenheit des Zustandes, welcher die Leistung hindert, eingehen, und der Unmöglichkeit schon dann eine dauernde Natur zuschreiben wenn dieser Zustand ein solcher ist, dem seiner Natur nach die Eigenschaft der Continuität zukommt.[5])

Deshalb kommt es nicht in Betracht, daß durch eine etwaige Veränderung in den Rechtsregeln die Unmöglichkeit gehoben werden kann.[6]) Die Rechtsvorschriften werden nicht auf Zeit gegeben; das

---

4) Dies wird ausdrücklich anerkannt in dem oben abgedruckten §. 2 I. de inut. stip. (3. 19) und in L. 41 §. 2. D. de leg. 1 (30); überdies werden in einer Reihe von Stellen der Vertrag auf Leistung einer dem Gläubiger bereits gehörigen Sache, so wie das Vermächtniß einer Sache des Honorirten schlechthin als nichtig bezeichnet. Siehe oben §. 15. Das Resultat steht also völlig fest. Die dem Anschein nach widersprechende L. 1 §. 2. D. de reg. Caton. (34. 7) wird man, wenigstens im Sinne der Compilation, durch die Annahme erklären müssen, daß das Vermächtniß des dem Honorirten gehörigen fundus in dem zur Frage stehenden Fall unter der ausdrücklichen Bedingung „si eum vivo testatore alienaveris“ hinterlassen war; vergl. v. Vangerow, Pandekten II. §. 525 Anm. 2. Alsdann steht diese Stelle, wie sich unten ergeben wird, mit dem erwähnten Resultat nicht in Widerspruch.

5) Etwas enger bestimmt v. Savigny, System III. S. 167 den Begriff der dauernden Unmöglichkeit, wenigstens mit Beziehung auf unmögliche Bedingungen. — Er spricht der Unmöglichkeit die dauernde Natur schon dann ab, wenn „die Veränderung, wodurch die Möglichkeit herbeigeführt werden kann, von der Art ist, daß man sie als ein gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereigniß wohl erwarten kann.“ Die Bestimmungen der Quellen über die Leistung einer dem Gläubiger gehörigen Sache und einer Prädialservitut für ein dem Gläubiger nicht gehöriges Grundstück, lassen sich aber mit dieser Ansicht nicht wohl vereinigen; man müßte denn annehmen, daß die Römer den Begriff der dauernden Unmöglichkeit bei Bedingungen anders bestimmt hätten, als bei Obligationen, was doch nicht wahrscheinlich ist. — Nach der anderen Seite hin weicht W. Sell, unmögliche Bedingungen §. 9, von der im Text aufgestellten Ansicht ab, indem er die Verträge immer schon dann für unwirksam zu halten scheint, wenn die bedungene Leistung nur zur Zeit der Abschließung des Vertrages unmöglich ist. Hiernach würde die Unterscheidung der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit in eine dauernde und zeitweilige ohne alle praktische Bedeutung sein, ein Resultat, welches mit den Quellen geradezu in Widerspruch steht. Die L. 144. D. de R. J. (50. 17), auf welche Sell sich namentlich beruft, ist auf unsittliche Leistungen zu beziehen, für welche der obige Unterschied allerdings nicht in Betracht kommt; vergl. oben Note 2.

6) Vergl. L. 137 §. 6. D. de V. O. (45. 1).: „— — nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile

Recht hat, wenn es auch manchen Veränderungen unterworfen ist, den Charakter des Bleibenden. Deshalb bewirkt ferner der Umstand, daß der Gläubiger bereits das Eigenthum an der zu leistenden Sache hat, oder daß ein Dritter Eigenthümer des Grundstücks ist, welchem eine Prädialservitut bestellt werden soll, eine Nichtigkeit der Obligation, weil das Eigenthum, so wie jedes dingliche Recht den Charakter der Continuität an sich trägt. [7])

Dagegen wird in dem Fall, wenn die zu leistende Sache nicht schlechthin, sondern nur für eine gewisse Zeit zur öffentlichen Benutzung bestimmt und dem Verkehr entzogen ist, keine dauernde Unmöglichkeit angenommen. Eben so werden wir bei den auf ein Thun gerichteten Obligationen, welche zu ihrem Gegenstande die Kräfte einer individuell bestimmten Person haben, die Krankheit derselben regelmäßig nur als

---

fieri: . . .," und dazu v. Savigny, System III. S. 169 Note z. Die abgedruckten Worte beziehen sich zwar zunächst auf Bedingungen; es ist aber kein Grund vorhanden, weshalb sie nicht auf unseren Fall angewendet werden könnten.

7) Bedenken dagegen könnte die (freilich auf Bedingungen sich beziehende) L. 58. D. de condit. (35. 1) erregen, derzufolge das einer Sclavin unter der Bedingung einer künftigen Ehe hinterlassene Vermächtniß gültig ist, obgleich der Zustand der Sclaverei, in welchem die Honorirte sich befindet, sie zur Eingehung einer Ehe unfähig macht. Als Grund wird angeführt: „quia possit manumissa nubere." Der Zustand der Sclaverei wird hier also als ein vorübergehender betrachtet, obgleich das Recht des Herrn an dem Sclaven an sich dieselbe Continuität, wie das Eigenthum hat. Das Bewußtsein von der Unnatürlichkeit des Sclavenzustandes, welches, wenn auch noch nicht zur Klarheit gelangt, doch bei den römischen Juristen vielfach hervortritt, mag in Verbindung mit dem, ebenfalls auf diesem Grunde beruhenden favor libertatis veranlaßt haben, daß man das Recht des Herrn an dem Sclaven in der hier zur Frage stehenden Beziehung anders, als das gewöhnliche Eigenthum beurtheilte. — Aus dem favor libertatis läßt sich auch die Entscheidung Justinian's in §. 2 I. de sing. reb. p. fideic. rel. (2. 24) erklären, derzufolge im Fall des Vermächtnisses der Freiheit an einen fremden Sclaven, den sein Eigenthümer nicht verkaufen wollte, zwar eine Unmöglichkeit, aber nur eine zeitweilige, angenommen werden sollte. Zudem lag es grade in diesem Fall nahe, das eigentliche Hinderniß nicht so sehr in dem fremden Eigenthum, als in dem augenblicklichen Willen des Eigenthümers zu sehen. Dennoch ist es nicht unzweifelhaft, ob hier auch in dem früheren Recht nur eine zeitweilige Unmöglichkeit anerkannt wurde; vergl. Gajus II. §. 265. Ulpian II. §. 11. L. 31 §. 4. D. de fideic. libert. (40. 5). — Für uns haben die hier erörterten Fälle nur ein mittelbares Interesse; sie werden aber, wie ich glaube, die obigen Begriffsbestimmungen nicht umstoßen können.

ein vorübergehendes Hinderniß ansehen können. Doch wird allerdings ein derartiges Hinderniß nicht leicht schon zur Zeit der Begründung des obligatorischen Verhältnisses vorhanden sein.

Mit dieser Begriffsbestimmung stimmt es völlig überein, daß die bloß subjective Unmöglichkeit in denjenigen Fällen, in welchen ein factisches Hinderniß der Erfüllung entgegensteht, nicht als eine dauernde Unmöglichkeit betrachtet werden kann. Solchen factischen Zuständen, welche eine nur subjective Unmöglichkeit veranlassen, also die Leistungsfähigkeit der Sache selbst nicht berühren, kann der Charakter der Continuität nicht beigelegt werden. Besonders klar tritt dies hervor, wenn der factische Zustand in einem Delicte seinen Grund hat. Ein Zustand, dessen Beseitigung nichts Anderes voraussetzt, als daß das Recht zur Geltung komme, kann selbstverständlich in einem auf die Rechtsordnung basirten Staate nicht als ein dauernder anerkannt werden.

Ist der Zustand, welcher die subjective Unmöglichkeit veranlaßt, ein rechtlicher, und ist das Recht des Dritten, welches die Leistung hindert, ein solches, welches den Charakter der Continuität an sich trägt, z. B. Eigenthum, so kann allerdings von einem bloß vorübergehenden Hinderniß nicht die Rede sein. In diesen Fällen wird aber regelmäßig eine wahre Unmöglichkeit überall nicht angenommen. [8])

Wir können hier auf die Wirkungen der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht näher eingehen; sie ist nicht als eine völlige Unmöglichkeit, sondern nur als eine Unmöglichkeit in Betreff der Zeit der Leistung zu betrachten, und wird als solche unten behandelt werden (§. 19). Hier kam es nur darauf an, zu bestimmen, was dazu gehöre, damit die Unmöglichkeit auch nach der hier hervorgehobenen Seite hin als eine völlige angesehen, und ihr die Wirkungen einer solchen beigelegt werden könnten.

Wir gehen jetzt zu dem Falle über, wenn die Parteien selbst bei Abschließung des Vertrages auf die demnächstige Hebung der Unmöglichkeit Bedacht genommen haben. Dies kann namentlich dadurch

8) Wo dies ausnahmsweise doch der Fall ist, ist die gedachte Art der subjectiven Unmöglichkeit als eine dauernde anzuerkennen und demgemäß zu behandeln. Vergl. darüber oben §. 12 Note 1.

geschehen, daß sie den Vertrag unter der Bedingung abgeschlossen haben, daß die Unmöglichkeit demnächst gehoben werde.

Die Nichtigkeit der auf unmögliche Leistungen gerichteten Obligationen beruht auf einer Interpretation des Willens der Parteien, welche durch die Hinzufügung der Bedingung ausgeschlossen ist. Wir haben demnach einen auf die angegebene Weise abgeschlossenen Vertrag regelmäßig als gültig anzusehen, selbst dann, wenn der Unmöglichkeit, um welche es sich handelt, an sich eine dauernde Natur beigelegt werden muß.

Dies gilt jedoch nur mit zwei Beschränkungen. Die Unmöglichkeit muß zunächst eine solche sein, bei welcher nicht jede Aussicht auf eine demnächstige Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen ist; sonst kann auch die hinzugefügte Bedingung der Nichtigkeit des Vertrages nicht vorbeugen. 9) Ferner muß die Unmöglichkeit nicht in solchen Verhältnissen ihren Grund haben, daß es gegen die gute Sitte wäre, auf die Aufhebung derselben zu rechnen. Aus dem letzten Grunde wird ein, auf Uebertragung eines freien Menschen oder einer **res sacra** oder **religiosa** gerichteter Vertrag dadurch nicht aufrechterhalten, daß die Bedingung hinzugefügt wird: **cum servus esse coeperit, cum locus ex sacro religiosove profanus esse coeperit.** 10) Ebenfalls ist aus diesem Grunde der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten ungültig, wenn er auch unter einer, auf seinen Tod gerichteten Bedingung abgeschlossen ist. 11)

Abgesehen von diesen Fällen ist der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig, wenn demselben eine auf Beseitigung des entgegenstehenden Hindernisses gerichtete Bedingung hinzugefügt ist. Demgemäß kann eine zur Zeit nicht existirende Sache in gültiger Weise zum Gegenstande eines Vertrages gemacht werden, wenn der

---

9) Deshalb ist der in L. 21 pr. D. de act. empti. (19. 1) erwähnte Vertrag, obgleich er sich auf einen künftigen partus bezieht, doch als sofort nichtig zu betrachten.

10) L. 34 §. 2. D. de contr. empt. (18. 1): „— — nec enim fas est, ejusmodi casus exspectare.“ — L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1): „casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est.“ — Die Worte Justinian's in §. 2 i. f. I. de inut. stip. (3. 19): „quia, quae natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt,“ enthalten nicht sowohl einen Entscheidungsgrund, als die Wiederholung der Entscheidung.

11) L. ult. C. de pactis (2. 3).

Vertrag über dieselbe nicht als über eine gegenwärtig schon existirende, sondern als über eine künftige, also mit Rücksicht auf die demnächstige Hebung der Unmöglichkeit, abgeschlossen wird.[12]) Der Vertrag ist in diesem Fall als ein durch die künftige Entstehung der Sache bedingter anzusehen.[13]) Ebenso ist ein Vertrag auf Leistung einer dem Gläubiger gehörigen Sache unter der Bedingung, daß dieselbe demnächst aus dem Vermögen des Gläubigers ausscheiden werde, unzweifelhaft gültig.[14])

Die römischen Juristen sind aber noch weiter gegangen. Ist der Vertrag auch nicht unter der Bedingung der demnächstigen Beseitigung der Unmöglichkeit abgeschlossen, sondern unter einer andern Bedingung, so wird er doch als gültig anerkannt, wenn die Unmöglichkeit zur Zeit des Eintretens der Bedingung gehoben ist. — In demselben Fall wird auch das Vermächtniß als gültig aufrecht erhalten. — Wenn also Jemand eine ihm gehörende Sache unter einer Bedingung kauft oder stipulirt, oder wenn der Testator eine dem Honorirten gehörige Sache unter einer Bedingung vermacht, so entsteht eine wirksame Obligation, wenn zur Zeit des Eintretens der Bedingung die Sache aus dem Vermögen des Gläubigers ausgeschieden ist.[15]) Ebenso ist die bedingte Stipulation einer Prädialservitut gültig, wenn der Stipulator zur Zeit des Eintretens der Bedingung das Grundstück, für welches die Servitut stipulirt ist, erworben hat.[16]) Das Vermächtniß von Säulen u. s. w., die zu einem Gebäude gehörten, war ungültig, wenn es pure hinterlassen wurde; war es jedoch unter einer Be-

---

12) Anerkannt in Beziehung auf den Kaufcontract: L. 8 pr. L. 34 §. 2. L. 39 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1), in Beziehung auf die Stipulation: L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1) in den Worten: „Pro quo et illud etc.“ Dasselbe gilt von Vermächtnissen, wenn der Testator eine nicht existirende Sache als eine künftige vermacht. §. 7 I. de legatis (2. 20). L. 24 pr. D. de leg. 1 (30). L. 73. D. de leg. 2 (31). L. 17 pr. D. de leg. 3 (32). Der Fall in L. 8 §. 1. D. de contr. empt., wo eine alea Gegenstand des Vertrages ist, gehört nicht hierher; die alea oder spes, auf welche der Vertrag sich bezieht, ist als etwas Vorhandenes anzusehen, wenn sie sich auch demnächst als grundlos erweist.

13) Vergl. L. 8 pr. D. de contr. empt. (18. 1).

14) Vergl. auch L. 1 § 2. D. de reg. Caton. (34. 7) und dazu oben die Note 4.

15) L. 61. D. de contr. empt. (18. 1). L. 31. L. 98 pr. D. de V. O. (45. 1). L. 41 §. 2. D. de leg. 1 (30). L. 98. D. de condit. (35. 1). Daraus erklärt sich auch die Entscheidung in L. 72 §. 4 i. f. D. de solut. (46. 3) S. darüber unten §. 28 Note 23.

16) L. 98 pr. D. de V. O. (45. 1).

dingung hinterlassen, so wurde es als gültig anerkannt, wenn vor dem Eintreten der Bedingung die Säulen u. s. w. vom Gebäude getrennt waren.[17])

Diese Ausdehnung ist durchaus consequent; die Rücksicht auf den Willen der Parteien (des Erblassers), welche in unserer Lehre von vorzugsweiser Bedeutung ist, fordert die Gültigkeit der Obligation. Haben die Parteien die Unmöglichkeit gekannt, so müssen wir annehmen, daß sie, indem sie die Perfection der Obligation auf einen späteren Zeitpunkt hinausschoben, eben daran gedacht haben, daß bis dahin das der Leistung entgegenstehende Hinderniß gehoben sein könne.[18]) Haben sie die Unmöglichkeit nicht gekannt, so ist an ihrem ernstlichen Willen nicht zu zweifeln, und es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß sie anders disponirt hätten, wenn sie alle Verhältnisse, wie sie zur Zeit des Eintretens der Bedingung vorliegen, übersehn, d. h. die anfängliche Unmöglichkeit gekannt und die nachherige Beseitigung derselben vorausgesehen hätten.

Doch ist hierbei immer darauf zu achten, daß die Leistung auch wirklich so, wie es in der Absicht der Parteien lag, erfüllt werden kann. Deshalb wird, wenn ein bedingter Vertrag über eine nicht existirende Sache als über eine bereits vorhandene abgeschlossen ist, die Obligation regelmäßig ungültig sein, wenn auch eine derartige Sache zur Zeit des Eintretens der Bedingung entstanden sein sollte (s. oben Note 3).

Ferner werden wir auch dann, wenn die hinzugefügte Bedingung nicht auf die Beseitigung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses gerichtet ist, eine sofortige Ungültigkeit der Obligation annehmen müssen, wenn es **contra bonos mores** war, die Hebung der Unmöglichkeit zu erwarten. — Wußten die Parteien in diesem Fall, daß die Leistung unmöglich sei, so kann es nicht in Betracht kommen, daß sie das Eintreten der Möglichkeit erwarteten; denn eben diese Erwartung ist **contra bonos mores**.[19]) Wußten sie es nicht, so ist anzunehmen, daß sie, falls sie mit der Unmöglichkeit bekannt gewesen wären, einen solchen Vertrag nicht abgeschlossen hätten. Man muß von Jedem voraussetzen, daß er sich der guten Sitte und den Rechtsvorschriften gemäß verhalte.

---

17) L. 41 §. 2. D. de leg. 1 (30).

18) L. 61. D. de contr. empt. (18. 1): „. . . quia forte speratur, meum esse desinere."

19) Es kommt hier die Bestimmung der L. 144. D. de R. J. (50. 17) zur Anwendung.

Der Hinzufügung einer Zeitbestimmung kann nicht die gleiche Wirkung, wie der Hinzufügung einer Bedingung beigelegt werden; vielmehr ist die Obligation, sofern die Unmöglichkeit der Leistung eine dauernde Natur hat, trotz der hinzugefügten Zeitbestimmung sogleich ungültig, wenn auch nicht jede Aussicht, daß bis zum Eintreten des dies die Unmöglichkeit gehoben werden könne, ausgeschlossen sein sollte. Die Gültigkeit richtet sich hier immer nach der Zeit der Begründung der Obligation, indem nur die Geltendmachung der Forderung durch den dies hinausgeschoben wird. — Bei Vermächtnissen steht der Gültigkeit in dem angegebenen Fall auch die regula Catoniana entgegen, welche nur bei bedingten Vermächtnissen nicht zur Anwendung kommt.

---

§. 17.

Theilweise Unmöglichkeit der Leistung. — Im Allgemeinen.

Die theilweise Unmöglichkeit der Leistung kann in sehr verschiedener Weise vorkommen, indem auch diejenige Unmöglichkeit, welche sich nur auf gewisse Modalitäten der Leistung, z. B. auf die Zeit der Leistung bezieht, als eine theilweise zu betrachten ist (§. 1. a. E.). Im Allgemeinen gelten nun zwar für die verschiedenen Arten der theilweisen Unmöglichkeit dieselben Grundsätze; dessenungeachtet müssen wir zwei wichtige Classen dieser Unmöglichkeit hier von unserer Betrachtung ausschließen, und in den folgenden §§. gesondert behandeln, nämlich: 1. die Unmöglichkeit in Beziehung auf die bedungene Qualität einer zu leistenden Sache; 2. die allein auf die Zeit der Leistung sich beziehende Unmöglichkeit. Der Grund liegt, was die erste Classe betrifft, darin, daß die praktische Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit hier durch die Bestimmungen des Aedilicischen Edicts in einigen Beziehungen modificirt ist; in Ansehung der zeitweiligen Unmöglichkeit ist eine gesonderte Darstellung besonders deshalb nothwendig, weil die Fälle, in welchen eine solche Unmöglichkeit anzuerkennen ist, zum Theil noch einer nähern Feststellung bedürfen.

Die Entscheidungen, welche sich in den Quellen über die sogleich vorhandene theilweise Unmöglichkeit finden, beziehen sich fast ohne Ausnahme auf Obligationen, welche auf Sachleistungen gerichtet sind.

Wir werden daher zunächst die Wirkungen, welche die theilweise Unmöglichkeit bei diesen Obligationen hat, darstellen, und dabei zugleich die allgemeinen Grundsätze, welche auch für die auf ein Thun gerichteten Obligationen gelten, erörtern.

Von einer theilweisen Unmöglichkeit kann bei Sachleistungen nicht wohl anders die Rede sein, als wenn individuell bestimmte Sachen den Gegenstand der Obligation bilden. [1]) Im Uebrigen kann sie in verschiedenen Umständen ihren Grund haben, z. B. darin, daß ein Theil der zu leistenden Sache untergegangen ist, oder daß das Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, nicht seinem ganzen Inhalte nach geleistet werden kann, oder daß durch eine Nebenberedung ein bestimmter Zusatz zur Sachleistung bedungen ist, dessen Prästation unmöglich ist. Alle diese Fälle fassen wir hier zusammen, indem sie nach denselben Regeln zu beurtheilen sind.

Bei der Darstellung dieser Regeln haben wir es eben so wohl mit denjenigen Fällen zu thun, in welchen die Obligation auf mehrere Gegenstände gerichtet ist, als mit denjenigen, in welchen die Verpflichtung des Schuldners auf die Leistung Eines Gegenstandes sich beschränkt. In den Fällen, in welchen eine Person der anderen zu mehreren Leistungen sich verpflichtet hat, ist es aber von großer Bedeutung, zu unterscheiden, ob wirklich nur Eine Obligation vorliegt, oder ob die verschiedenen Leistungen den Gegenstand verschiedener Obligationen bilden. Es versteht sich nämlich von selbst, daß die Unmöglichkeit einer Leistung — möge sie eine völlige oder theilweise sein — nur auf die Wirksamkeit derjenigen Obligation, deren Gegenstand diese Leistung, allein oder in Gemeinschaft mit anderen Leistungen, bildet, Einfluß äußern kann, nicht aber auf die Wirksamkeit der übrigen Obligationen, welche etwa außerdem noch zwischen denselben Personen bestehen.[2])

---

1) Bei generischen Obligationen kann eine Unmöglichkeit vorkommen wegen der Zahl der bedungenen Objecte, wenn von der fraglichen Gattung, so weit es bekannt ist, überall nicht so viele Exemplare existiren, oder wegen der Größe u. s. w., welche die zu leistende, nur dem Gattungsbegriff nach bestimmte Sache dem Vertrage zufolge haben soll. Im ersten Fall ist regelmäßig anzunehmen, daß es an dem ernstlichen Willen, überhaupt eine Obligation zu begründen, fehlt. Der zweite Fall gehört in den folgenden §., indem die bedungene Größe u. s. w. eben als eine zu prästirende Qualität der Sache sich darstellt. Daß auch in diesem Fall eine bloß theilweise Unmöglichkeit nicht vorliegt, wird sich unten ergeben.

2) Vergl. in dieser Beziehung L. 3. 4. D. de peculio leg. (33. 8) mit L. 1. 2. D. eodem.

Die gedachte Unterscheidung ist nicht immer ohne Schwierigkeit, indem es nicht selten vorkommt, daß scheinbar zwar nur Eine Obligation auf mehrere Leistungen vorliegt, in der That aber verschiedene, auf die einzelnen Leistungen gerichtete Obligationen bestehen, und eben deshalb war es nothwendig, auf diesen Punkt aufmerksam zu machen. Im Nachfolgenden brauchen wir dem Bemerkten zufolge auf die Fälle, in welchen die mehreren Leistungen, zu welchen eine Person der anderen verpflichtet ist, den Gegenstand verschiedener Obligationen bilden, nicht weiter einzugehen.

Nach dieser Vorbemerkung gehen wir zur Darstellung der für die theilweise Unmöglichkeit geltenden Regeln über; es ist dabei die Eintheilung der Obligationen in einseitige und gegenseitige zu Grunde zu legen, weil danach die praktische Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit sich wesentlich bestimmt.

Bei einseitigen Obligationen ist kein Grund vorhanden, im Fall einer theilweisen Unmöglichkeit die Obligation für völlig unwirksam zu erklären. Der Wille des Verpflichteten (bei Vermächtnissen des Erblassers) ging im Zweifel auch auf denjenigen Theil, dessen Leistung noch möglich ist, und der Berechtigte hat in der Regel kein Interesse, die Annahme abzulehnen. [3])

Die einseitigen Obligationen sind demnach in Beziehung auf den noch möglichen Theil der Leistung aufrecht zu erhalten. — Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn der Theil, dessen Leistung noch möglich ist, in einem solchen Verhältniß zum Ganzen steht, daß aus der Richtung des Willens auf das Ganze nicht geschlossen werden kann, daß der Wille eventuell auch auf diesen Theil für sich gerichtet gewesen sei. In dem letzteren Fall wird die Unmöglichkeit als eine vollständige angesehn.

Fast alle Entscheidungen in den Quellen, welche hier in Betracht kommen, beziehen sich auf Vermächtnisse. Dieselben handeln allerdings meistens nur von einzelnen Fällen, doch lassen sie sich durch Schlußfolgerungen ergänzen. Auf diese Weise dürfte sich nun Folgendes über die Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit ergeben.

Das Vermächtniß einer Sache, welche dem Honorirten theilweise gehört, ist in Beziehung auf denjenigen Theil, an welchem das Eigenthum ihm nicht zusteht, gültig. Ja selbst, wenn nicht

---

3) Vergl. darüber v. Savigny, System III. S. 299 ff. Was daselbst in anderer Veranlassung bemerkt ist, hat ganz gleiche Geltung für unsere Lehre.

ein Theil der Sache, sondern ein Bestandtheil des Eigenthums, wie die Emphyteuse oder der Usufruct, dem Honorirten fehlt, ist das Vermächtniß aufrecht zu erhalten. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Grundstück vermacht ist, welches seinem ganzen Umfange nach dem Honorirten gehört, aber mit Prädialservituten belastet ist. Wenn der Testator ein Grundstück vermacht, so bezieht sich im Zweifel sein Wille auf alle diejenigen Rechte, in deren Nutzung regelmäßig der eigentliche Werth des Eigenthums gefunden wird, nicht aber auch auf diejenigen Rechte, welche allerdings von dem Eigenthume mit umfaßt werden können, die aber sehr häufig von demselben getrennt werden, und zwar ohne daß man darum das Eigenthum als ein mangelhaftes betrachtet. 4)

---

4) In den Quellen wird es ausdrücklich anerkannt, daß das Vermächtniß einer dem Honorirten gehörigen Sache, an welcher dem Testator die Emphyteuse zusteht, in Ansehung der letzteren aufrecht erhalten wird, und zwar wird als Grund angeführt: „quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet." L. 71 §. 5. D. de leg. 1 (30). Selbst dann, wenn die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer gehört, von diesem aber als Faustpfand hingegeben ist, wird das Vermächtniß in der Weise aufrecht erhalten, daß dem Onerirten die Befreiung der Sache vom Pfandrecht obliegt; L. 86 pr. D. eodem. — Mit diesen Aussprüchen scheint jedoch eine Entscheidung Papinian's in L. 66 §. 6. D. de leg. 2 (31) in Widerspruch zu stehen: „Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: ususfructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto, ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur: verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit." In den ersten Theilen dieser Stelle finden wir diejenigen Grundsätze anerkannt, von welchen wir im Text ausgegangen sind. Der Schlußsatz ist jedoch sehr schwierig, da die Worte: „propter istas causas" nicht füglich bloß auf die unmittelbar vorher erwähnten Prädialservituten bezogen werden können. Vangerow, Pandekten II. §. 525 Anm. 2 geht bei Erklärung dieses Satzes davon aus, daß der hier entschiedene Fall eine andere factische Grundlage hat, als der Fall der L. 71 §. 5. D. de leg. 1, indem das Recht an der vermachten Sache, welches dem Honorirten fehlt, in dem Fall der L. 66 §. 6 cit. nicht dem Testator, sondern einem Dritten zusteht. Diesem Umstand kann auch an sich ein Einfluß auf die Entscheidung nicht abgesprochen werden; in Gemäßheit der Bestimmungen, welche für Vermächtnisse fremder Sachen gelten (§. 4 I. de leg. 2. 20), kann nämlich das Vermächtniß einer Sache des Legatars, an welcher einem Dritten ein dingliches Recht zusteht, in seiner Beziehung auf dieses Recht jedenfalls nur dann aufrecht erhalten werden, wenn der Testator mit der Existenz dieses Rechts bekannt gewesen ist. Wenn aber Vangerow, darauf fußend, die Schluß-

Der zuletzt erwähnte Fall ist völlig klar. Im Zweifel muß man annehmen, daß der Wille des Testators nicht darauf gegangen ist, daß dem Honorirten das Grundstück frei von allen Prädialservituten zu Theil werde, sondern nur darauf, daß er das Eigenthum in der, durch die vorhandenen Prädialservituten gegebenen Beschränkung erhalte. [5]) — Die Unmöglichkeit ist hier also nur scheinbar eine theil-

worte der L. 66 §. 6 dahin erklärt, daß der Umstand allein, daß ein Dritter ein Recht an der vermachten Sache habe, nicht hinreiche, um ein solches Legat gültig zu machen, — so kann ich dieser Erklärung nicht beistimmen, weil unser Fall in der zur Frage stehenden Beziehung sich von den, in den ersten Sätzen der L. 66 §. 6 entschiedenen Fällen durchaus nicht unterscheidet. Die Bestimmungen über das Vermächtniß fremder Sachen kommen nämlich auch dann zur Anwendung, wenn die vermachte Sache zwar dem Testator gehört, einem Dritten aber das Pfandrecht oder ein anderes dingliches Recht an derselben zusteht (vergl. auch §. 5 I. de legatis. L. 57. D. de leg. 1); und deshalb ist schon bei den ersten Entscheidungen unserer Stelle vorauszusetzen, daß der Testator mit der Existenz des fremden Rechts bekannt gewesen sei. — Papinian ist, wie es scheint, davon ausgegangen, daß, wenn das Legat seinem wesentlichen Bestandtheile, der Proprietät nach nicht geleistet werden kann, dann auch die sonstigen Rechte an der Sache, welche allerdings geleistet werden können, aber zu dem eben erwähnten Recht gewissermaßen nur in dem Verhältniß von Accessionen stehen, wie z. B. der Usufruct, nicht zu leisten sind (vergl. auch die unten in der Note 10 citirten Stellen). Es ist nun möglich, daß Papinian diese strengere Auffassung auf den Fall beschränkte, wenn das Recht an der Sache des Legatars einem Dritten, nicht dem Testator zustand, und dann würde unsere Stelle sich mit der L. 71 §. 5. D. de leg. 1 vereinigen lassen. Dieser Vereinigung steht jedoch die L. 86 pr. D. eod. entgegen, welche nicht wohl auf einen Fall beschränkt werden kann, in welchem dem Testator selbst das Pfandrecht zustand. Zudem sind in der That keine inneren Gründe vorhanden, die erwähnten beiden Fälle in dieser Weise zu unterscheiden. — Wir werden demnach, wie ich glaube, auf eine befriedigende Vereinigung der vorliegenden Stellen verzichten müssen; es dürfte aber nicht zweifelhaft sein, daß die Entscheidungen der L. 71 §. 5 und der L. 86 pr. der überdies nur beiläufigen Bemerkung Papinians am Schlusse der L. 66 §. 6 cit. vorzuziehen sind. — Die Entscheidung der L. 86 pr. D. de leg. 1 läßt sich übrigens auf Verträge nicht ohne Weiteres anwenden, da das Pfandrecht eine wesentlich andere Natur, als die übrigen dinglichen Rechte, hat, und der Inhalt desselben nicht in gleicher Weise als ein Theil des Eigenthums angesehen werden kann. Bei Vermächtnissen, wo zur Gültigkeit außerdem noch vorausgesetzt wird, daß der Testator entweder selbst Inhaber des Pfandrechts gewesen sei, oder doch von dem Pfandrecht des Dritten Kunde gehabt habe, lag es allerdings nicht fern, den Willen desselben so auszulegen, als ob er auf Befreiung der Sache vom Pfandnexus gerichtet gewesen sei.

5) So wird auch beim Verkauf eines Grundstücks im Zweifel angenommen, daß

weise, in Wirklichkeit aber eine völlige, weil der Wille des Testators auf diejenigen Rechte, welche präſtirt werden können, überall nicht gerichtet gewesen ist.

Die theilweise Unmöglichkeit wird jedoch unter Umständen auch dann wie eine völlige behandelt, wenn der Wille des Testators auf die noch vorhandenen Theile als solche (als Theile) unzweifelhaft gerichtet war. Dahin gehört insonderheit der Fall, wenn eine zusammengesetzte Sache vermacht ist, welche zur Zeit der Testamentserrichtung oder doch zur Zeit des Todes des Testators aufgehört hat, als ein Ganzes zu existiren, z. B. wenn ein bestimmtes vermachtes Schiff vollständig und nicht etwa bloß vorübergehend in seine Bestandtheile aufgelöst ist. Hier gehören die einzelnen Theile der Sache wenigstens als solche unzweifelhaft zum Gegenstande des Vermächtnisses (**pars in toto est**); und insofern kann man sagen, daß wirklich eine theilweise Unmöglichkeit vorliegt. Auch kann wohl ein Zweifel erhoben werden, ob es nicht in einem solchen Fall wenigstens unter Umständen dem Willen des Testators mehr entspricht, daß der Vermächtnißnehmer, dem er das Ganze hat zuwenden wollen, die einzelnen noch vorhandenen Theile bekomme, als daß er gar nichts erhalte. Die römischen Juristen betrachten jedoch, wie wir nach den Quellen annehmen müssen, das Vermächtniß in dem angeführten Fall gewöhnlich als seinem ganzen Umfange nach nichtig, insofern keiner der noch vorhandenen Theile das Ganze, sei es auch nur als ein mangelhaftes, repräsentirt. Wie sie auch in manchen anderen Beziehungen den Gegensatz des Ganzen gegen die Theile sehr scharf auffaßten, so haben sie ohne Zweifel angenommen, daß hier, da die vermachte zusammengesetzte Sache als solche nicht mehr existire, eine völlige Unmöglichkeit vorliege, und die Leistung der noch vorhandenen Gegenstände, welche früher Bestandtheile des Ganzen, z. B. des bestimmten vermachten Schiffes gewesen sind, nicht als eine theilweise Leistung der vermachten Sache, in dem angeführten Beispiel also nicht als eine theilweise Leistung des Schiffes, betrachtet werden könne.[6])

---

die Absicht darauf gegangen sei: „non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere.“ L. 59. D. de contr. empt. (18. 1); v. Vangerow, Pandekten III. §. 610 Anm. 3.

6) Eine Stelle, welche dies ausdrücklich bestätigte, haben wir freilich nicht, da die L. 88 §. 2. D. de leg. 3 (32) auf einen Fall bezogen werden kann, in welchem die Auflösung des vermachten Schiffes in seine Bestandtheile durch eine

Dieser Entscheidung ist jedoch keine unbedingte Geltung für alle Fälle einzuräumen; vielmehr kann unter Umständen der noch vorhandene Theil der vermachten Sache, wenn er auch das Ganze nicht einmal als ein mangelhaftes zu repräsentiren im Stande ist, doch eine so selbständige Bedeutung haben, daß angenommen werden muß, der Testator habe bei Anordnung des Vermächtnisses diesen Theil besonders ins Auge gefaßt, und somit auch gewollt, daß der gedachte Theil jedenfalls, sei es auch für sich allein, geleistet werde.[7] — Ferner setzt die zur Frage stehende Entscheidung voraus, daß der vermachte Gegenstand ein wahres, einheitliches Ganzes bildet. Ist dies nicht der Fall, so gilt wenigstens als Regel, daß die noch vorhandenen Theile zu leisten sind. Daher wird, wenn ein Begriffsganzes vermacht ist, welches als solches zu existiren aufgehört hat, das Vermächtniß regelmäßig in Ansehung der Gegenstände, welche noch geleistet werden können, als gültig zu betrachten sein.[8])

---

freie Handlung des Testators bewirkt war, und demnach der Gesichtspunkt der Ademtion vorherrschend ist. Auch wird der im Text aufgestellte Grundsatz nur sehr selten von praktischer Bedeutung sein, da der Testator in der Regel die einzelnen übriggebliebenen Theile der als ein Ganzes untergegangenen Sache nicht in dieser Weise aufbewahren, sondern veräußern oder zu anderen Zwecken verwenden wird, und dann jedenfalls eine Ademtion des Vermächtnisses angenommen werden müßte. Die Richtigkeit des aufgestellten Satzes läßt sich jedoch nach den in den Noten 9 und 10 angeführten Entscheidungen der Quellen nicht wohl bezweifeln.

7) Ein solcher Fall dürfte vorliegen, wenn ein Gebäude vermacht ist, welches zur Zeit der Testamentserrichtung bis auf den Grund abgebrannt war. Strenge genommen, wird durch die area für sich der Begriff des Ganzen (des Gebäudes) eben so wenig erhalten, wie durch den Kielbalken der Begriff des Schiffes; der gewöhnlichen Anschauungsweise nach ist aber der area dem Ganzen gegenüber eine weit größere Bedeutung beizulegen. — Ob diese Anschauungsweise einen Einfluß auf das Damnationslegat hatte, ist allerdings zweifelhaft; die Analogie der L. 1 §. 9. D. de O. et A. (Note 11) spricht dafür, daß hier die strengere Auffassung galt. Dagegen müssen wir annehmen, daß bei den übrigen Arten der Vermächtnisse in dem zur Frage stehenden Fall einer freieren Auslegung zufolge nur eine theilweise Unmöglichkeit angenommen, und demgemäß das Vermächtniß in Ansehung der area aufrecht erhalten wurde. Vergl. die auf ein Vindicationslegat sich beziehende L. 22. D. de leg. 1 (30), deren Bestimmung für das Justinianische Recht als maßgebend zu betrachten ist. — Darüber, daß in dieser Note, so wie in den folgenden Noten, verschiedene Stellen benutzt sind, welche sich auf eine, nach der Testamentserrichtung, aber vor dem Tode des Testators eingetretene Unmöglichkeit beziehen, siehe oben §. 11 Note 16.

8) So wird nach L. 22. D. de leg. 1 (30) das Legat einer Heerde aufrecht er-

Insofern das Vermächtniß auf eine einfache Sache gerichtet ist, wird nicht leicht eine Unmöglichkeit in der vorher angeführten Weise vorliegen. Bei den s. g. Moventien kann jedoch etwas dem Obigen Analoges vorkommen, und es wird dann ebenfalls die Unmöglichkeit durchaus wie eine völlige Unmöglichkeit behandelt. Wenn also der Testator eine Kuh vermacht hat, welche nicht mehr am Leben ist, so braucht der Erbe das Fleisch und das Fell der Kuh nicht herauszugeben, weil angenommen wird, daß der Testator nur die lebende Kuh vor Augen gehabt hat. 9)

Endlich wird das Vermächtniß, wenn der hauptsächliche Gegenstand desselben nicht geleistet werden kann, auch in Ansehung der mit diesem Gegenstande vermachten Accessionen desselben als unwirksam betrachtet; 10) doch ist dies — wenigstens was das heutige Recht betrifft — auf den Fall zu beschränken, wenn der Testator die Accessionen nur wegen der Beziehung, in welcher sie zu dem Hauptgegenstande des Vermächtnisses standen, dem Honorirten hat zuwenden wollen.

Für die Stipulation werden im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie für die Vermächtnisse, gegolten haben. Doch ist es schon wegen der strengen Natur der Stipulation wahrscheinlich, daß hier namentlich der Grundsatz, daß der auf ein Ganzes sich beziehende Wille nicht eventuell auf die Theile für sich bezogen werden dürfe, mit noch größerer Schärfe und ohne Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen der Contrahenten durchgeführt ist. 11) Dies galt ohne Zweifel

---

halten, wenn auch von den dazu gehörigen Thieren nur Eines noch vorhanden ist, obgleich in diesem Fall die Heerde als solche nicht mehr existirt. Dagegen ist allerdings der L. 65 §. 1. D. de leg. 2 (31) zufolge das Legat einer quadriga — wenigstens nach der Ansicht einiger Juristen — seinem ganzen Umfange nach ungültig, wenn durch den Tod eines der Pferde die quadriga als solche zu existiren aufgehört hat. Der Widerspruch läßt sich vielleicht dadurch erklären, daß die Stellen in ihrer ursprünglichen Fassung sich auf verschiedene Arten der Legate beziehen. Nach Justinianischem Recht muß man die Bestimmung der L. 22 cit. als die Regel ansehen, und die L. 65 §. 1 auf einen solchen Fall beziehen, in welchem nach Maßgabe der besonderen Umstände ausnahmsweise anzunehmen ist, daß der Testator nur an das Ganze als solches, und nicht eventuell an die einzelnen, das Begriffsganze bildenden Gegenstände für sich, gedacht hat.

9) L. 49 pr. D. de leg. 2 (31).

10) L. 1. 2. D. de peculio leg. (33. 8). §. 17 I. de legatis (2. 20).

11) Dafür spricht auch die L. 1 §. 9. D. de O. et A. (44. 7), derzufolge eine

in gleicher Weise, die Promission mochte mit Beziehung auf eine Gegenleistung oder schenkungsweise erfolgt sein.

Für das heutige Recht haben die aus der strengen Natur der Stipulation sich ergebenden Grundsätze keine Bedeutung. Wir werden daher gegenwärtig beim Schenkungsversprechen, nicht gebunden durch andere, als die allgemeinen Interpretationsregeln, allein auf den Willen des Schenkers einzugehen haben, und die Beantwortung der Frage, ob das Versprechen in Ansehung des Theils, welcher noch geleistet werden kann, aufrecht zu erhalten sei, nur davon abhängig machen dürfen, ob anzunehmen ist, daß der Wille des Schenkers wenigstens eventuell auch auf Leistung des in Frage stehenden Theiles für sich gerichtet gewesen sei.

Ein Anspruch des Beschenkten auf Entschädigung setzt selbstverständlich einen entschuldbaren Irrthum in der Person des Beschenkten selbst, sowie einen dolus oder eine culpa lata des Schenkers voraus; außerdem ist zur Begründung eines solchen Anspruches noch erforderlich, daß der Beschenkte ein Interesse daran hatte, daß unter den obwaltenden Umständen von der Schenkung überall nicht die Rede gewesen wäre. — Die unten näher zu erörternde Bestimmung der **L. 57 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1)**, derzufolge der Verkäufer, welcher wissentlich eine zum Theil untergegangene Sache verkauft, wegen seines dolus dasjenige Interesse zu prästiren hat, welches der Käufer an der vollständigen Erfüllung des Contracts hatte, läßt keine analoge Ausdehnung auf das Schenkungsversprechen zu; vielmehr haben wir uns bei dem letzteren lediglich an die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts zu halten, aus welchen die obigen Regeln über die Verantwortlichkeit des Schenkers sich ergeben.

Bei den auf Restitution gerichteten einseitigen Obligationen kann, insofern sie nur auf eine Zurückgabe des Empfangenen gerichtet sind, von einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung überall nicht die Rede sein (§. 2 Note 10), also auch nicht von einer theilweisen Unmöglichkeit. Eine Unmöglichkeit der letzteren Art kann nur dann vorkommen, wenn durch eine Nebenbestimmung des Vertrages die Verpflichtung des Empfängers über die Restitution des Empfangenen hinaus erweitert ist. Einen solchen Fall enthält die **L. 50. D. de pactis (2. 14)**, aus welcher sich zugleich durch Anwendung eines sehr

---

völlige Unmöglichkeit angenommen wurde, wenn das stipulirte Haus vor Abschließung des Vertrages (vollständig) abgebrannt war.

nahe liegenden **argumentum a contrario** ergiebt, daß eine derartige Nebenbestimmung, falls sie auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, keine Wirksamkeit hat.

Bei den gegenseitigen Obligationen ist die Entscheidung nicht so einfach. Der wichtigste unter den auf Sachleistungen gerichteten Verträgen, durch welchen gegenseitige Obligationen begründet werden, ist der Kaufcontract. Da sich die Entscheidungen in den Quellen ausschließlich auf diesen Contract beziehen, so werden wir zunächst uns auf eine Darlegung der für ihn geltenden Regeln beschränken.

Beim Kaufcontract, wie überhaupt bei den gegenseitigen Obligationen, kann es selbstverständlich nicht genügen, daß man nur die Verpflichtung zur Leistung, insoweit die letztere unmöglich ist, wegfallen läßt. Leistung und Gegenleistung stehen in einem solchen Verhältniß zu einander, daß es nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, die Verpflichtung zur Leistung theilweise wegfallen, und die Verpflichtung zur Gegenleistung vollständig daneben bestehen zu lassen. Wir müssen, um zu richtigen Grundsätzen zu gelangen, auch hier auf den Willen der Contrahenten näher eingehen.

Sehen wir nun zunächst auf den Verkäufer, so läßt sich als Regel annehmen, daß, wie er des ganzen Gegenstandes sich hat entäußern wollen, um eine dem Werth desselben entsprechende Geldsumme in sein Vermögen zu bringen, er auch, wenn er von der theilweisen Unmöglichkeit Kunde gehabt hätte, sich nicht geweigert haben würde, den noch vorhandenen Theil der Sache in dieser Weise zu veräußern. Zwar versteht es sich von selbst, daß er für den Theil nicht denselben Preis, wie für das Ganze erhalten kann. Sein Interesse wird jedoch durch eine Aufrechthaltung des Contracts nicht verletzt, wenn die Reduction des Kaufpreises in der Weise vorgenommen wird, daß der durch die Reduction festgestellte Preis zu der Summe, welche der Verkäufer für die ganze Sache bedungen, und demnach als dem Werth des Ganzen entsprechend angesehen hat, in einem gleichen Verhältniß steht, wie der noch mögliche Theil der Leistung zu der ganzen bedungenen Leistung.[11a)]

---

11 a) Ausnahmsweise kann allerdings ein Interesse des Verkäufers vorliegen, in

Anders steht es in Betreff des **Käufers**. Wußte er, daß der Gegenstand theilweise nicht geleistet werden könne, so wird man im Zweifel annehmen müssen, daß er eben nur denjenigen Theil, dessen Leistung möglich ist, hat kaufen wollen. Diese Annahme ist aber nicht gerechtfertigt, wenn dem Käufer die theilweise Unmöglichkeit der Leistung unbekannt war. Daraus, daß Jemand ein größeres Ganzes hat kaufen wollen, folgt keineswegs, daß er für den Fall, daß das Ganze nicht zu haben ist, einen Theil desselben hat erwerben wollen. Nicht selten wird die Erwerbung eines Theils dem Käufer für den Zweck, den er durch die Erwerbung des Ganzen erreichen wollte, völlig ohne Nutzen sein.

In manchen Fällen wird man aus den obwaltenden Umständen schließen können, daß der Käufer, wenn ihm die theilweise Unmöglichkeit bekannt gewesen wäre, den Contract abgeschlossen oder nicht abgeschlossen hätte, so z. B. wenn nur ein ganz geringfügiger und werthloser Theil der Sache nicht geleistet werden kann, oder auf der andern Seite, wenn der Gegenstand des Contracts seinen hauptsächlichen Bestandtheilen nach untergegangen ist. Ein solcher Schluß ist jedoch im Allgemeinen mißlich. In sehr vielen Fällen läßt sich nur sagen: der Käufer würde, wenn er mit den Verhältnissen bekannt gewesen wäre, **entweder** die Sache zu einem verhältnißmäßig geringeren Preise gekauft, **oder** den Kaufcontract gar nicht abgeschlossen haben; für welches von Beidem er sich in dem einzelnen concreten Fall entschieden haben würde, läßt sich nicht bestimmen, und es bleibt demnach in solchen Fällen nichts übrig, als die Entscheidung nachträglich dem Käufer noch zu überlassen, so daß es in seiner Wahl steht, ob der Contract seinem ganzen Umfange nach aufgehoben, oder unter verhältnißmäßiger Reduction des Kaufpreises in Ansehung desjenigen Theiles, dessen Leistung möglich ist, aufrecht erhalten werden soll. [12])

---

einem solchen Fall ganz von dem Vertrage zurückzutreten. So ist es z. B. möglich, daß der Verkäufer, welcher des Kaufpreises zur Abtragung einer Schuld bedurfte, wenn er gewußt hätte, daß die Sache nur theilweise vorhanden sei, diesen Theil behalten, und lieber eine andere Sache verkauft hätte, da der reducirte Kaufpreis zur Abtragung der Schuld nicht hinreicht, die Erlangung desselben ihn also nicht von der Nothwendigkeit befreit, noch eine fernere Veräußerung vorzunehmen. Derartige Ausnahmsfälle können aber auf die Feststellung der Regeln nicht influiren.

12) Auf denselben Rücksichten beruht es, daß das Aedilicische Edict dem Käufer die Wahl zwischen der actio quanto minoris und der actio redhibitoria einräumt.

Auf den Willen des Käufers kommt es also vorzugsweise an. Um diesen zu erkennen, können uns verschiedene Umstände als Anhaltspunkte dienen. Den bei weitem wichtigsten finden wir in dem Verhältniß, in welchem der Theil, welcher geleistet werden kann, zu dem Ganzen steht, welches die Parteien zum Gegenstande der Obligation gemacht haben; und hierauf werden wir zuvörderst eingehen.

In den Pandekten findet sich eine ausführliche Stelle, welche wir dabei zu Grunde zu legen haben:

L. 57. D. *de contr. empt.* 18. 1. *Paulus* l. 5. ad Plautium. „Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam *ignoraremus.* Nerva, Sabinus, Cassius, *nihil venisse*, *quamvis area maneat:* pecuniamque solutam condici posse ajunt. Sed si *pars* domus *maneret*, Neratius ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumptae (Flor.: consumpta) permaneat: ut si quidem *amplior domus pars exusta* est, *non compellatur emptor perficere emptionem*: sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel *dimidia pars*, vel *minor* quam dimidia exusta fuerit, tunc *coartandus est emptor venditionem adimplere*, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur. — §. 1. — Sin autem *venditor* quidem *sciebat* domum esse exustam, *emptor* autem *ignorabat*, *nullam* venditionem stare, si *tota* domus ante venditionem exusta sit: si vero *quantacumque pars aedificii remaneat*, *et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere.* — §. 2. — Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi *emptor* quidem *sciebat*, *venditor* autem *ignorabat;* et hic enim oportet, et *venditionem stare, et omne pretium ab emptore venditori*, si non depensum est, *solvi*: vel, si solutum sit, non repeti. — §. 3. — Quod si *uterque sciebat*, et emptor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, *nihil actum* fuisse, dolo inter utramque partem compensando: et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.

In dieser Stelle wird gezeigt, welche Wirkungen die durch den Brand eines verkauften Hauses herbeigeführte theilweise Unmöglichkeit

hat, je nachdem ein größerer oder geringerer Theil abgebrannt ist, und die Contrahenten Kunde von dem Brande gehabt haben oder nicht.

Wir betrachten die einzelnen Fälle, welche in der L. 57. cit. zusammengestellt sind:

1. Das Haus ist ganz abgebrannt. — Die Unmöglichkeit ist zwar nur eine theilweise, indem die area zurückbleibt, wie dies auch durch die Worte: „quamvis area maneat" angedeutet wird.

Dessenungeachtet treten dieselben Wirkungen ein, wie in den Fällen einer völligen Unmöglichkeit. Demgemäß heißt es im Anfange unserer Stelle: „nihil venisse, quamvis area maneat," — Worte, welche, wie aus dem Gegensatz des Folgenden („Sed si pars domus maneret") hervorgeht, eben ausschließlich auf den hier zu Grunde gelegten Fall sich beziehen.

Diese Entscheidung dürfte sich daraus erklären, daß das zum Gegenstande der Obligation gemachte Haus als solches nicht mehr existirt, wenn allein die area noch vorhanden ist. Der Satz, daß die Leistung eines zusammengesetzten Ganzen, welches als solches zu existiren aufgehört hat, wie eine völlig unmögliche Leistung behandelt wird, findet sich also auch beim Kaufcontract anerkannt, und zwar in einer Anwendung, in welcher derselbe, wie wir oben (Note 7) gesehen haben, bei denjenigen einseitigen Obligationen, welche eine freiere Natur haben, nicht anerkannt zu sein scheint. Die Gründe, weshalb man bei den letzteren von einer strengen Durchführung des obigen Satzes abstehen mochte, treffen aber auch bei gegenseitigen Obligationen nicht zu; im Gegentheil wird die Durchführung desselben im Allgemeinen mit der Rücksicht, welche bei den gegenseitigen Obligationen auf das Interesse des Gläubigers zu nehmen ist, völlig in Einklang stehen. Denn, was insonderheit den vorliegenden Fall betrifft, so ist bei dem Verkauf eines Hauses als Regel unzweifelhaft anzunehmen, daß der Wille des Käufers eben hauptsächlich auf das Gebäude gerichtet ist, während die area regelmäßig in seinen Gedanken hinter dem Gebäude zurücktreten wird.

Die Nichtigkeit des Kaufcontracts ist übrigens in dem zur Frage stehenden Fall nicht nur dann anzunehmen, wenn beide Contrahenten mit der Unmöglichkeit unbekannt gewesen sind, sondern nach dem §. 1 der L. 57 cit. selbst dann, wenn der Verkäufer in dolo war. Dasselbe gilt, wenn der Käufer die Unmöglichkeit kannte, indem der §. 2. der L. 57 nur auf den Fall bezogen werden kann, wenn ein Theil des Gebäudes stehen geblieben ist.

In Ansehung der den Parteien zustehenden Entschädigungsklagen gilt unzweifelhaft dasselbe, wie bei der völligen Unmöglichkeit. [13])

2. Ein Theil des Gebäudes ist stehen geblieben. Hier werden folgende Unterscheidungen gemacht:

a. Beide Contrahenten sind ohne Kunde von dem stattgehabten Brande gewesen (L. 57 pr. cit.). Ist hier mehr, als die Hälfte abgebrannt, so kann der Käufer nicht gezwungen werden, den Kauf zu vollziehen. Er hat die Wahl, ob er von dem Vertrage zurücktreten oder denselben anerkennen will. Wählt er das Erstere, so kann er den etwa gezahlten Kaufpreis zurückfordern; darüber, ob er außerdem eine Entschädigung in Anspruch nehmen könne, falls er durch die Abschließung des Contracts einen Schaden erlitten hat, wird in unserer Stelle nichts gesagt; nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechts können wir aber, wie oben in den von der völligen Unmöglichkeit handelnden §§. bereits ausgeführt ist, einen Entschädigungsanspruch in diesem Fall nicht anerkennen. Wenn der Käufer es vorzieht, den Contract bestehen zu lassen, so kann er den Schlußworten der L. 57 pr. zufolge eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises verlangen. — Ist der Theil, welcher nicht geleistet werden kann, ein so bedeutender, wie hier angenommen worden, so ist ein sicherer Schluß auf dasjenige, was der Käufer gethan haben würde, wenn er Kunde von dem stattgehabten Brande gehabt hätte, nicht möglich; und es entspricht ganz den oben entwickelten Grundsätzen, daß ihm in diesem Falle ein Wahlrecht eingeräumt wird.

Ist nur die Hälfte des Gebäudes oder ein noch geringerer Theil abgebrannt, so wird der Kauf aufrecht erhalten, vom Kaufpreis aber ein verhältnißmäßiger Abzug gemacht. [14])

b. Hat der Verkäufer allein gewußt, daß das Haus nicht voll-

---

13) Daß der Verkäufer, selbst wenn er wußte, daß das Haus gänzlich abgebrannt sei, nicht verpflichtet ist, dem Käufer das Interesse zu leisten, welches derselbe an der Erfüllung des Vertrages hatte, geht aus dem §. 1 der L. 57 cit. klar hervor. Diese Verpflichtung wird nämlich dort ausdrücklich auf den Fall beschränkt, wenn ein Theil des Hauses vom Brande verschont geblieben ist, und deshalb der Contract aufrecht erhalten wird. Das Interesse, welches der Käufer in unserem Fall von dem dolosen Verkäufer zu verlangen berechtigt ist, kann also kein anderes sein, als dasjenige, welches er daran hatte, nicht über die Unmöglichkeit der Leistung getäuscht zu sein. Hierin liegt aber eine entschiedene Bestätigung der oben über das Object der Entschädigungsklage auch für die Fälle einer völligen Unmöglichkeit aufgestellten Ansicht.

14) Bei der Reduction, welche nach L. 57 pr. cit. boni viri arbitratu, also unter

ständig geleistet werden könne, so wird, wenn nur irgend ein Theil des Hauses von dem Brande verschont worden ist, der Contract in seinem ganzen Umfange als gültig anerkannt; der Käufer erhält dasjenige, dessen Leistung möglich ist, und kann zugleich auf das Interesse klagen, unter welchem hier, da der Kaufcontract als gültig betrachtet wird, nur das Interesse wegen Nichterfüllung des Contracts gemeint sein kann (L. 57 §. 1 cit.). [15])

Diese Bestimmung läßt sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten. Der dolus des Verkäufers besteht eben darin, daß er die theilweise Unmöglichkeit verschwiegen hat. Hätte der Verkäufer sich nicht eines dolus schuldig gemacht, so würde der Käufer die Verhältnisse der Sache gekannt, und den Handel, wenn überhaupt, so jedenfalls nur zu einem niedrigeren Kaufpreise abgeschlossen haben. Der Gewinn, welchen er durch den Handel hätte machen können, falls die Leistung des verkauften Gegenstandes nach allen Seiten hin möglich gewesen wäre, würde ihm auch dann entgangen sein, wenn der Verkäufer sich keines dolus schuldig gemacht hätte. Dessenungeachtet hat man in diesem Fall dem dolus eine weitergehende Wirkung beigelegt. Die Zulassung der Contractsklage auf das Interesse wegen Nichterfüllung schließt sich an den Umstand an, daß hier, wie aus dem unter 2. a. Bemerkten hervorgeht, durch den Vertrag, auch abgesehen von dem dolus des Verkäufers, eine Obligation begründet wird, während in den Fällen einer völligen oder einer dieser gleichstehenden theilweisen Unmöglichkeit durch den Vertrag als solchen überall keine Obligation entsteht.

Die gedachte Bestimmung ist getroffen, um den dolus des Verkäufers zu strafen; es ist daher nicht zu bezweifeln, daß dem Käufer dadurch das ihm im Allgemeinen eingeräumte Recht, wegen eines dolus des Verkäufers auf Rescission des Contracts zu klagen, nicht entzogen sein kann. [16])

---

billiger Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände, geschehen soll, ist selbstverständlich nicht bloß das arithmetische Verhältniß maßgebend. Auch ist nicht bloß der fehlende Theil zu schätzen, dessen Werth für sich geringfügig sein kann, während er wesentlich zur Erhöhung des Werthes des Ganzen beitrug. Vielmehr ist das Verhältniß zwischen dem Werthe derjenigen Theile, welche geleistet werden können, und dem Werthe, den das Ganze gehabt haben würde, festzusetzen, und nach diesem Verhältniß die Reduction des Kaufpreises vorzunehmen.

15) Daß hier der nicht zu entschuldigende Irrthum dem Wissen gleichzustellen ist, folgt aus dem oben (S. 109) Bemerkten.

16) Vergl. darüber auch Richelmann a. a. O. S. 81.

c. Hat der Käufer allein eine Kunde von dem Brande gehabt, so wird der Kauf umgekehrt in Beziehung auf den Käufer als vollkommen bindend betrachtet, so daß derselbe verpflichtet ist, den ganzen Kaufpreis zu zahlen. Zugleich wird bemerkt, daß der Käufer den Preis, falls er ihn gezahlt hat, nicht condiciren kann (L. 57 §. 2).

Das Letztere ergiebt sich schon aus den Grundsätzen über die condictio indebiti (S. 121). Dagegen hat die Entscheidung, daß der Verkäufer, obgleich er die Leistung nicht vollständig erfüllen kann, eine Klage auf den ganzen Kaufpreis hat, von jeher viele Bedenken veranlaßt.

Um die Entscheidung im §. 2. zu erklären, müssen wir davon ausgehen, daß sie sich unmittelbar an die Entscheidung des zweiten Falls im §. 1. anschließt, daß also ein Fall anzunehmen ist, in welchem ein Theil des Gebäudes erhalten ist. In einem solchen Fall liegt aber, wenn der Käufer mit dem theilweisen Untergang des Gebäudes bekannt gewesen ist, die Annahme nahe, daß sein Wille auf nichts Anderes gerichtet gewesen ist, als für den bedungenen Kaufpreis allein denjenigen Theil des Gebäudes zu erwerben, welcher noch geleistet werden kann. Und wenn es auch möglich bleibt, daß der Käufer eine andere Absicht gehabt hat, so hat er doch jedenfalls selbst durch seinen dolus es verschuldet, daß die ungünstigste Auslegung des Vertrages gegen ihn zur Anwendung gebracht wird. — Daß der Verkäufer das ganze Haus hat verkaufen wollen, kommt nicht in Betracht, da derselbe kein denkbares Interesse hat, sich auf seinen Irrthum zu berufen. [17]

Die Vorschrift des §. 2. cit. kommt also nicht zur Anwendung, wenn eine völlige oder eine dieser gleichstehende theilweise Unmöglichkeit vorliegt; in der That ist auch, wo es ganz an einem Gegenstande für die Obligation fehlt, die gedachte Auslegung völlig ausgeschlossen; es kann hier ein ernstlicher Wille des Käufers, ein Geschäft abzuschließen, überall nicht angenommen werden. [18]

Zweifelhaft ist es, ob der Käufer nur dann auf Zahlung des

---

17) Vergl. v. Savigny, System III. S. 298.

18) Ueber die vielfachen Bemühungen, die Entscheidung des §. 2 cit. zu beseitigen, vgl. Glück, Pandekten XVI. S. 21 ff. und v. Vangerow, Pandekten III. S. 262 ff. Die Ansicht des Letzteren stimmt mit der oben aufgestellten überein. — Andere, z. B. Richelmann a. a. O. S. 20, S. 83 ff., S. 101, wollen die Entscheidung des §. 2 auch auf die Fälle einer völligen Unmöglichkeit ausdehnen. Ueber die Unrichtigkeit dieser Ansicht, welche in dem §. 2 der L. 57 cit. keine Unterstützung findet, vergl. oben S. 137.

Kaufpreises belangt werden kann, wenn er mit der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen ist, oder auch dann, wenn er sich in einem nicht entschuldbaren Irrthum über dieselbe befunden hat. Meiner Meinung nach wird man den letzteren Fall dem Wissen gleich stellen müssen. [19])

Schließlich bemerken wir noch, daß der Verkäufer in allen denjenigen Fällen, auf welche die Bestimmung der L. 57 §. 2. cit. sich bezieht, verpflichtet ist, denjenigen Theil, dessen Leistung möglich ist (also im Fall der L. 57. die area nebst dem vom Brande verschonten Theil des Gebäudes), dem Käufer zu überliefern. Dies ergiebt sich mit Nothwendigkeit schon daraus, daß die Gültigkeit des Contracts anerkannt wird. [20])

d. Beide Contrahenten haben gewußt, daß das Haus abgebrannt sei (L. 57. §. 3). Hier ist die Obligation ihrem ganzen Umfange nach unwirksam. Da jeder der Contrahenten sich eines dolus schuldig gemacht hat, kann von keiner Seite ein Recht aus dem Contract geltend gemacht werden. Diese Bestimmung kommt jedoch selbstverständlich dann nicht zur Anwendung, wenn aus dem Vertrage hervorgeht, daß derjenige Theil, dessen Leistung noch möglich ist, der einzige Gegen-

---

19) Wenn die Thatsache, um deren Wissen es sich handelt, so offenkundig, sei es für Jeden, sei es für die angeblich irrende Person, vorliegt, daß ein Irrthum über dieselbe ohne grobe Nachlässigkeit (culpa lata) nicht möglich war, so gilt das Wissen als erwiesen; und zwar wird es meiner Meinung nach in diesem Fall, dem Fall des nicht entschuldbaren Irrthums (§. 11 Note 11), so angesehen, als ob die Person nicht habe irren können, als ob sie habe wissen müssen, so daß jeder Beweis über das Dasein des Irrthums ausgeschlossen ist. — Diese Auffassung wird durch die in einer Reihe von Stellen gebrauchte Ausdrucksweise unterstützt; L. 43 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1). L. 14 §. 10. D. de Aed. Ed. (21. 1). L. 3 §§. 7. 8. L. 4. D. quod vi (43. 24). L. 2 §. 7. D. de jure fisci (49. 14); vergl. auch L. 11 §. 4. D. de his, qui notant. (3. 2). Für dieselbe spricht namentlich aber die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus, indem die culpa lata mehrentheils ganz in demselben Verhältniß zum dolus steht, wie der nicht entschuldbare Irrthum zum Wissen. L. 213 §. 2. L. 223 pr. D. de V. S. (50. 16); vergl. auch L. 2 §. 5. D. de doli except. (44. 4). — In diesem Punkte weiche ich also von v. Savigny (System III. Beil. 8) ab, dessen Ansichten über die Willenserklärung und den Irrthum ich im Allgemeinen durchaus theile. Ist die hier aufgestellte Ansicht, deren ausführliche Begründung an diesem Orte nicht thunlich ist, richtig, so ist der nicht entschuldbare Irrthum allgemein dem Wissen gleichzustellen, also auch in dem Fall der L. 57 §. 2. D. de contr. empt.

20) A. M. Brandis, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. VII. S. 138.

stand des Vertrages hat sein sollen. In dem letzteren Fall kann von einer Unmöglichkeit der Leistung überall nicht die Rede sein.

Aus den bisherigen Ausführungen dürfte hervorgehen, daß die in L. 57. D. de contr. empt. enthaltenen Entscheidungen so willkührlich nicht sind, wie häufig angenommen wird. Die Wirkungen, welche dem dolus des Verkäufers für den Fall, daß das Haus nicht ganz abgebrannt ist, beigelegt werden, lassen sich zwar aus allgemeinen Principien nicht erklären; die desfällige Entscheidung beruht aber durchaus nicht auf einer singulären Bestimmung für den in der L. 57 behandelten Fall; sie wird vielmehr auch für andere Fälle einer theilweisen Unmöglichkeit, in welchen eine Nichtigkeit des Vertrages nicht eintritt, anerkannt, so namentlich für den Fall, wenn der Verkäufer wissentlich eine Qualität der verkauften Sache zugesagt hat, welche nicht prästirt werden kann (§. 18). — Abgesehen davon entsprechen die Entscheidungen der L. 57 cit. den oben entwickelten Grundsätzen.

Der einzige, allerdings erhebliche Vorwurf, welcher erhoben werden kann, ist der, daß die Entscheidung der Frage, wie im Fall der Unkunde beider Contrahenten die theilweise Unmöglichkeit zu behandeln sei, davon abhängig gemacht ist, ob ein bestimmter Bruchtheil des Gebäudes noch existirt oder nicht. Ein solcher rein äußerlicher Maßstab bietet keine Gewähr für eine richtige Entscheidung der Frage, ob der Käufer den Contract abgeschlossen haben würde, wenn ihm die theilweise Unmöglichkeit bekannt gewesen wäre. Richtiger würde es ohne Zweifel gewesen sein, die Entscheidung darüber, ob der abgebrannte Theil ein so geringfügiger sei, daß man die oben erwähnte Frage bejahen könne, ganz ins richterliche Ermessen zu verstellen. Während durch die nach Bruchtheilen vorgenommene Feststellung das richterliche Ermessen in engere Schranken gewiesen wird, können leicht Entscheidungen veranlaßt werden, welche der wahren Sachlage nicht entsprechen. Der auf der einen Seite erreichte Vortheil wird durch den Nachtheil, welcher auf der anderen Seite entsteht, reichlich aufgewogen.

Man könnte nach diesen Ausführungen geneigt sein, die zuletzt gedachte Bestimmung auf den in der L. 57 referirten Fall zu beschränken, zumal da in einer anderen Stelle, welche gleichfalls von der theilweisen Unmöglichkeit handelt, eine derartige Begränzung des richterlichen Ermessens nicht vorkommt.[21]) Daß dies nicht zulässig ist, lehrt die unmittelbar auf L. 57 cit. folgende Stelle:

L. 58. D. *de contr. empt. Papin.* l. 10. Quaest. „Arboribus quoque vento dejectis, vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante venditore: scive autem emptor sciebat vel ignorabat, vel uterque eorum, *haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.*“

Der Fall, welcher in L. 58 behandelt wird, ist der Verkauf einer Baumpflanzung, z. B. eines Obstgartens, wo die Bäume nach der Absicht der Contrahenten eben so sehr das Hauptobject des Contracts bilden, wie beim Verkauf eines Gebäudes die superficies.[22]) Hier soll, wenn Bäume vor Abschließung des Contracts umgeweht oder abgebrannt sind, ganz dasselbe gelten, wie in dem Fall der L. 57. D. de contr. empt. — Daß der Schlußsatz der L. 58. cit., in welchem dieses gesagt wird, nicht von Papinian, sondern von den Compilatoren herrührt, ist nicht zu bezweifeln. Welcher Ansicht aber

21) L. 24. D. de contr. empt. (18. 1). In dieser Stelle heißt es: der Contract über ein Grundstück sei gültig, wenn nur modica loca dem Verkehr entzogen seien. Dieselbe handelt jedoch, wie wir oben (S. 120 ff.) gesehen haben, zunächst und vorzugsweise von der Wirksamkeit eines Nebenvertrages, demzufolge eine Haftung des Verkäufers nicht eintreten soll, wenn es sich auch ergeben würde, daß einzelne Theile des verkauften Grundstücks dem Verkehr entzogen seien. Eben deshalb wird aus dieser Stelle ein Argument gegen die allgemeine Anwendbarkeit der Bestimmungen der L. 57 pr. D. de contr. empt. nicht entnommen werden können.

22) Richelmann a. a. O. S. 95 ff. Treitschke, Kaufcontract §. 29 Note 3. — Ist bei dem Verkauf eines Grundstücks auf die Bäume, welche auf demselben stehen, keine Rücksicht genommen, so liegt, wenn diese Bäume umgeweht sind, in Beziehung auf den Gegenstand des Kaufs keine, auch nicht eine theilweise Unmöglichkeit vor. Das Grundstück kann ganz geliefert werden mit Allem, was dazu gehört. Die umgewehten Bäume sind aber, so wie sie vom Boden getrennt sind, kein Theil des Grundstücks, und gehören daher nicht mit zu dem Gegenstande der Obligation, welche erst nach ihrer Trennung von dem Boden über das Grundstück abgeschlossen ist. Der Verkäufer ist, wenn der Kaufcontract sich nicht besonders auch auf die Bäume bezog, nur dann verpflichtet, den Käufer zu entschädigen, wenn er dolose es verschwieg, daß die Bäume umgeweht seien. L. 9. D. de periculo et comm. (18. 6). — Damit die Bäume als zu dem Gegenstande der Obligation gehörig betrachtet werden, bedarf es übrigens nicht nothwendig einer ausdrücklichen Vereinbarung, wie Richelmann, Einfluß des Irrthums §. 41, annimmt; vielmehr kann dies auch aus sonstigen Umständen geschlossen werden.

auch Papinian selbst vielleicht gewesen sein möge, die Frage, was als justinianisches Recht zu betrachten ist, wird dadurch nicht berührt.

Wir müssen demnach die Regeln der **L. 57. D. de contr. empt.** auf alle diejenigen Fälle einer theilweisen Unmöglichkeit ausdehnen, in welchen die in Betracht kommenden Verhältnisse eine solche Ausdehnung zulassen.

Es kann hier nicht darauf ankommen, auf welche Art die theilweise Unmöglichkeit herbeigeführt ist, ob durch Brand, Sturm oder einen ähnlichen Unglücksfall, oder ob der Grund der Unmöglichkeit darin liegt, daß ein Theil der Sache dem Verkehr entzogen ist. Dem Grunde der Unmöglichkeit können wir, insofern nicht der Charakter derselben dadurch verändert wird, hier so wenig, wie sonst, einen Einfluß einräumen.

Andere Verhältnisse machen jedoch bei der Anwendung der erwähnten Regeln eine große Vorsicht nöthig.

In dem Beispiel der **L. 58. D. de contr. empt.** entspricht der Werth und die Brauchbarkeit des Theiles, welcher noch geleistet werden kann, wenn man den Theil nicht bloß nach der Zahl, sondern unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der Bäume bestimmt, dem entsprechenden Bruchtheile des Werthes des Ganzen; zudem kann derjenige Theil des Landes, welcher durch das Umwehen der Bäume seine Brauchbarkeit verloren hat, dieselbe durch neue Anpflanzungen im Lauf der Jahre wieder gewinnen.

Was ferner das Beispiel der **L. 57. D. eodem** betrifft, so kann man freilich nicht sagen, daß ein zur Hälfte noch stehendes Haus halb so brauchbar sei, wie ein vollständiges Haus; es wird häufig für den Augenblick völlig unbrauchbar sein. Hier aber ist eine rasche Wiederherstellung möglich, und deshalb bestimmt der Werth sich wesentlich nach der Größe des noch vorhandenen Theiles.

Diese Umstände treffen bei weitem nicht in allen Fällen zu. Sehr häufig wird der Werth desjenigen Theiles, welcher noch geleistet werden kann, einem der Größe desselben entsprechenden Bruchtheil des Werthes der ganzen Sache durchaus nicht entsprechen; ja es kann der Theil, wenn er auch nach Maß und Gewicht mehr, als die Hälfte des Ganzen ausmacht, doch einen nur sehr untergeordneten Werth haben. Zudem wird in vielen Fällen eine Wiederherstellung der Sache unmöglich sein. — Als Beispiel möge dienen, wenn ein von einem berühmten älteren Meister herrührendes Gemälde theilweise verbrannt ist. — In solchen Fällen kann eine bloße Vermessung nicht genügen, um zu bestimmen, ob der Käufer an den Handel ge-

bunden sei; es ist auf den Werth und die Brauchbarkeit des Theiles, dessen Leistung noch möglich ist, im Verhältniß zum Werth des Ganzen Rücksicht zu nehmen.

Ueberdies ist immer genau zu untersuchen, was als das Hauptobject des Vertrages zu betrachten ist. Denn hiernach entscheidet es sich, zu welchem Theil im einzelnen Fall eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist. Bei Beantwortung der letzteren Frage ist auf die Nebentheile eben so wenig Rücksicht zu nehmen, wie in dem Fall der **L. 57. D. de contr. empt.** auf die **area.**

Bezieht sich der Contract auf mehrere Sachen, so muß man verschiedene Fälle unterscheiden. Ist die eine der Sachen das alleinige Hauptobject des Vertrages, während die übrigen nur als Accessionen in Betracht kommen, so hat die Anwendung der obigen Regeln keine Schwierigkeit. Bezieht sich die Unmöglichkeit auf die Hauptsache, so hängt die Entscheidung über die Gültigkeit des Contracts in seiner Beziehung auf die übrigen Sachen ganz von der Entscheidung ab, welche in Betreff der Hauptsache zu treffen ist. — Bezieht sich dagegen die Unmöglichkeit auf die Nebensachen, so fragt es sich, inwieweit dadurch der Werth und die Brauchbarkeit der Hauptsache verändert wird; in diesem Fall wird gewöhnlich nur eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises eintreten können, sofern den Contrahenten die Unmöglichkeit nicht bekannt war.

Ist ein solches Verhältniß, wie eben angegeben, zwischen den einzelnen verkauften Sachen nicht vorhanden, so kann die Zusammenfassung der mehreren Sachen in Einem Contract etwas durchaus Zufälliges sein, indem die Sachen weder an sich, noch nach der Intention des Käufers in einer näheren Beziehung zu einander stehen, oder es liegt dieser Zusammenfassung der Sachen in Einem und demselben Contract eine bestimmte Absicht zu Grunde, indem angenommen werden muß, daß dem Käufer nur daran gelegen gewesen sei, alle Sachen zu erhalten, und daß er, wenn er nicht alle hätte bekommen können, den Contract gar nicht abgeschlossen hätte. Die Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit ist in den angeführten beiden Fällen durchaus verschieden.

Im ersten Fall ist die Sache so zu behandeln, als wenn mehrere Contracte über die verschiedenen Gegenstände abgeschlossen wären; kann einer der Gegenstände gar nicht oder nur theilweise geliefert werden, so hat dies keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Contracts über

die anderen Sachen. Die Schwierigkeit liegt nur in der Bestimmung des Preises für die einzelne Sache, welche nach Maßgabe des Werthes sämmtlicher verkaufter Sachen und dem Verhältniß der Gesammtsumme zum Kaufpreise erfolgen muß.

In dem zweiten Fall kann wegen der Beziehung, in welcher die einzelnen verkauften Sachen zu einander stehen, der Kaufcontract nicht in Betreff der Einen Sache aufrecht erhalten werden, wenn er in Betreff der anderen ungültig ist oder rückgängig gemacht wird. Hier ist es so anzusehen, als ob jede einzelne Sache das Hauptobject des Contracts bildete. [23]) Ist die Leistung der Einen Sache völlig unmöglich, so ist demnach der Contract in Betreff aller Gegenstände, auf welche er sich bezieht, nichtig; [24]) kann eine der verkauften Sachen nur theilweise geliefert werden, so hängt die Entscheidung der Frage, ob der Käufer, welcher von der theilweisen Unmöglichkeit nichts wußte, an den Contract gebunden ist, davon ab, wie groß der Theil dieser speciellen Sache ist, welcher nicht geliefert werden kann.

Um die Frage zu entscheiden, ob die theilweise Unmöglichkeit eine solche ist, daß ihr nur ein Einfluß auf die Feststellung des Kaufpreises, nicht aber auf die Abschließung des Contracts selbst beigemessen werden kann, haben wir bisher nur auf das Verhältniß Rücksicht genommen, in welchem der Theil, dessen Leistung möglich ist, zu dem bedungenen Ganzen steht. Es können aber auch andere Umstände in Betracht kommen, und entweder neben dem eben gedachten Momente sich wirksam erweisen, oder in so entscheidender Weise hervortreten, daß dagegen die Rücksicht auf das Verhältniß des noch möglichen Theils der Leistung zu dem Ganzen völlig zurücktritt.

Die Bestimmung der **L. 57 pr. D. de contr. empt.**, derzufolge es darauf ankommt, ob der Theil, welcher geleistet werden kann, die Hälfte des verkauften Ganzen ausmacht oder nicht, hat nur die Be-

---

23) Die oben aufgestellten Grundsätze werden für die in mancher Beziehung analogen Aedilicischen Klagen ausdrücklich anerkannt in L. 34. L. 38 §§. 13. 14. L. 64 pr. D. de Aed. Ed. (21. 1).

24) So erklärt sich die Entscheidung in L. 44. D. de contr. empt. (18. 1): „Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.“

deutung, der richterlichen Entscheidung für den Fall als Grundlage zu dienen, wenn sonstige Umstände, aus welchen der Wille des Käufers sich erkennen läßt, nicht vorliegen. Alle Umstände, welche einen Schluß auf die Absicht des Käufers zu begründen geeignet sind, können daher auch als Momente für die Entscheidung der Frage, ob der Käufer wegen einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung von dem Vertrage zurücktreten darf, in Betracht kommen. In dieser Beziehung kann es von Bedeutung sein, daß auf denjenigen Theil der Leistung, welcher nicht erfolgen kann, ein besonderer Nebenvertrag sich bezieht, oder daß derselbe in dem Vertrage ausdrücklich hervorgehoben ist, insofern daraus geschlossen werden kann, daß diesem Theile von Seiten des Käufers eine größere Bedeutung beigelegt ist, als demselben an sich zukommen würde. Der objective Maßstab, welcher sich aus dem wahren Verhältniß des zur Frage stehenden Theils zu dem bedungenen Ganzen ergiebt, wird jedoch regelmäßig daneben zu berücksichtigen sein, wenn gleich die stricte Anwendung der L. 57 pr. cit. ausgeschlossen ist.[25])

Die Umstände können ferner auch der Art sein, daß der gedachte objective Maßstab völlig bedeutungslos wird. Dies ist namentlich der Fall, wenn die verkaufte Sache dem Käufer theilweise bereits gehört. Aus der Abschließung des Contracts geht hervor, daß die Absicht des Käufers auf Erwerbung der ganzen Sache gerichtet gewesen ist, und es ist durchaus kein Grund vorhanden, weshalb man annehmen könnte, daß der Käufer diese Absicht nicht gehabt haben würde, wenn

25) So wird man, wenn der Theil der Leistung, auf welchen der Nebenvertrag sich bezieht, ein durchaus geringfügiger ist, dem Käufer ein Zurücktreten von dem Vertrage nicht gestatten können, es sei denn, daß er sich ein solches Recht für den Fall, daß dieser Theil der Leistung nicht erfolgen würde, ausbedungen hätte. — Abgesehen von dem im Text Angeführten kommen die Regeln der L. 57. D. de contr. empt. auch dann zur Anwendung, wenn die Unmöglichkeit sich auf einen, zum Gegenstande eines besonderen Nebenvertrages gemachten Theil der Leistung bezieht. — Danach entscheidet sich auch die Frage, welche Wirkungen der in den Quellen häufig erwähnte, zugleich rechtswidrige Nebenvertrag hat, daß der Käufer eines Grundstücks die Grundsteuern nicht tragen solle. Da der Käufer in diesem Fall entweder mit der juristischen Unmöglichkeit der Nebenleistung bekannt gewesen ist, oder sich in einem Rechtsirrthum, mithin in einem solchen Irrthum, welcher nur ausnahmsweise als entschuldbar gilt, befunden hat, so ist der gedachte Nebenvertrag regelmäßig ganz wirkungslos, so daß der Käufer also weder von dem Hauptvertrage zurücktreten, noch auch eine Reduction des Kaufpreises verlangen kann. Vergl. L. 1. 3. C. sine censu (4. 47) und Glück, Pandekten XVI. S. 130 ff.

er gewußt hätte, daß ein Theil der Sache ihm bereits gehöre. Der Vertrag wird also aufrecht erhalten in Betreff desjenigen Theiles der Sache, welcher geliefert werden kann, mag dieser Theil auch weniger als die Hälfte des Ganzen ausmachen.[26] Dies gilt nicht nur, wenn ein intellectueller, sondern auch, wenn ein realer Theil der Sache dem Käufer bereits gehört. Im ersten Fall wird die Reduction des Kaufpreises durch ein einfaches Rechenexempel bewerkstelligt; im zweiten Fall ist eine Schätzung vorzunehmen, insofern nicht der Käufer wußte, daß dieser Theil ihm bereits gehöre, und deshalb der dem Käufer nicht zustehende Theil der Sache, als das alleinige Object des Vertrages anzusehen ist.

Nicht so unbedingt tritt dieselbe Behandlung ein, wenn der Käufer nicht Miteigenthümer ist, demselben aber solche dingliche Rechte an der Sache zustehen, deren Inhalt beim Verkauf einer Sache im Zweifel mit zum Gegenstande der Obligation gehört, wie Usufruct, Emphyteuse und Superficies, oder wenn umgekehrt dem Käufer die Proprietät, dem Verkäufer aber solche Rechte, wie die eben angeführten, an der Sache zustehen.

Wir betrachten zunächst den ersten Fall. War der Käufer Emphyteuta oder Superficiar, so wird man ihm, sofern er mit der theilweisen Unmöglichkeit nicht bekannt war, immer die Wahl einräumen müssen, ob er von dem Vertrage zurücktreten, oder denselben unter verhältnißmäßiger Reduction der Gegenleistung bestehen lassen will. Die Emphyteuse und Superficies gewähren im Wesentlichen die Vortheile des Eigenthums; eben deshalb ist man nicht berechtigt, zu schließen, daß der Käufer, wenn er nicht im Irrthum gewesen wäre, dann jedenfalls doch einen Kaufcontract über die dem Verkäufer zustehende Proprietät abgeschlossen haben würde.

Dasselbe wird im Allgemeinen auch dann gelten müssen, wenn der Käufer nur Usufructuar war. Zwar ist das Recht des Usufructuars bei weitem nicht so umfassend, wie das des Emphyteuta oder Superficiar; sofern jedoch der Zweck, welchen der Käufer durch die Erwerbung der Sache erreichen wollte, vorzugsweise in der eigenen Benutzung derselben bestand, gewährt ihm allerdings der Usufruct ungefähr dieselben Vortheile, wie das Eigenthum. Auch hier ist es

---

26) L. 18 pr. D. de contr. empt. (18. 1): „Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere."

daher mißlich, einen Schluß zu ziehen auf das, was der Käufer gethan haben würde, wenn er das wahre Sachverhältniß gekannt hätte.[27])

Wußte der Käufer, daß er Usufructuar, Superficiar oder Emphyteuta sei, so ist die bloße Proprietät als der alleinige Gegenstand des Vertrages zu betrachten.

War der Käufer Proprietar, der Verkäufer aber Emphyteuta, Superficiar oder Usufructuar, so ist, falls der Käufer dies wußte, die Emphyteuse, Superficies oder der Usufruct regelmäßig als das alleinige Object des Vertrages anzusehn. — Wußte der Käufer es nicht, so kann er immer eine Reduction des Preises verlangen; mit dieser Beschränkung ist aber der Contract, falls der Verkäufer Emphyteuta oder Superficiar war, in der Regel aufrechtzuhalten. Man kann in den meisten Fällen mit Sicherheit annehmen, daß die Absicht dessen, welcher eine Sache kauft, jedenfalls auf Erlangung der in der Emphyteuse oder Superficies liegenden Rechte gerichtet ist. Dieser Schluß ist nicht in gleicher Weise gerechtfertigt, wenn der Verkäufer nur Usufructuar war. Hier liegt es eben so nahe, daß der Käufer, wenn er die Verhältnisse gekannt, es vorgezogen hätte, die Zeit abzuwarten, bis der Usufruct von selbst wegfallen würde. In diesem Fall wird man deshalb dem Käufer, welcher mit der theilweisen Unmöglichkeit unbekannt war, in der Regel ein Wahlrecht einräumen müssen.[28])

Vorausgesetzt ist bei allen diesen Entscheidungen, daß der Verkäufer sich keines dolus schuldig gemacht hat. Der dolus hat nämlich ohne allen Zweifel die Wirkung, daß der Käufer berechtigt ist, auf Rescission des Vertrages zu klagen. Von einer Erstattung des In-

---

27) Aus L. 16 §. 1. L. 17. D. de contr. empt. (18. 1) darf man nicht folgern, daß der Kaufcontract, wenn der Käufer nur Usufructuar ist, immer unter verhältnißmäßiger Reduction des Kaufpreises aufrecht zu halten sei; es geht aus diesen Stellen nur hervor, daß der Kauf in dem gedachten Fall nie als nichtig betrachtet wird, und daß der Käufer in der Regel eine Reduction der Gegenleistung verlangen kann, nicht aber, daß derselbe unter allen Umständen an den Contract gebunden ist.

28) A. M. ist Richelmann a. a. O. S. 102, welcher den Contract immer für nichtig hält, wenn dem Käufer die Proprietät zusteht, weil der Usufruct, die Emphyteuse u. s. w. kein theilweises Eigenthum seien. Meiner Meinung nach kommt der letztere Umstand nicht in Betracht, da der Inhalt der gedachten Rechte unzweifelhaft mit zu demjenigen gehört, auf dessen Erlangung der Käufer einer Sache als solcher im Zweifel Anspruch machen kann. Diese Auffassung des Verhältnisses liegt auch der Entscheidung der L. 71 §. 5. D. de leg. 1 (s. oben Note 4) zu Grunde.

teresse, welches der Käufer an der vollständigen Erfüllung des Vertrages hat, kann in diesen Fällen nicht die Rede sein, da der Käufer diejenigen Theile des Kaufobjects, welche nicht geleistet werden können, bereits hat.

Der Kaufcontract ist die einzige gegenseitige Obligation, in Ansehung deren sich Entscheidungen in den Quellen finden. Wir sind daher genöthigt, bei der Feststellung der Wirkungen, welche der theilweisen Unmöglichkeit bei den übrigen gegenseitigen Obligationen beizulegen sind, die für den Kaufcontract geltenden Regeln analog zu benutzen; auch kann eine solche Benutzung dieser Regeln um so weniger einem Bedenken unterliegen, als die römischen Juristen unter den gegenseitigen Obligationen namentlich den Kaufcontract benutzt haben, um daran die allgemeineren Grundsätze des Obligationenrechts darzustellen. Bei der Benutzung der gedachten Regeln sind jedoch immer die besondere Natur der Obligation, auf welche sie angewendet werden sollen, sowie die Beschaffenheit der Leistungen, auf welche die Obligation gerichtet ist, zu berücksichtigen, indem sich daraus ergeben kann, daß die Anwendung der für den Kauf geltenden Grundsätze in gewissen Beziehungen unthunlich ist. Dies gilt selbst in Ansehung derjenigen gegenseitigen Obligationen, welche, wie der Kaufcontract, auf Sachleistungen gerichtet sind. Wir beschränken uns hier darauf, die Wirkungen, welche die sogleich vorhandene theilweise Unmöglichkeit der Leistung bei dem Tauschvertrage und der Sachenmiethe hat, darzustellen.

Die Frage, in welchen Fällen die theilweise Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der völligen Unmöglichkeit gleichsteht, entscheidet sich bei dem Tauschvertrage durchaus nach den für den Kauf geltenden Bestimmungen; der Tauschvertrag ist also namentlich dann als nichtig anzusehen, wenn ein zusammengesetztes Ganzes zum Gegenstande der Obligation gemacht ist, welches als solches nicht mehr existirt, ferner wenn die Obligation auf mehrere Sachen sich bezieht, welche in dem Verhältnisse von Hauptsache und Accession zu einander stehen, und nur die Accessionen vorhanden sind. Bei der Sachenmiethe ist in diesen Fällen gleichfalls eine Nichtigkeit der Obligation anzunehmen; es kann hier jedoch selbst eine völlige Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, wenn auch die vermiethete Sache noch zu einem solchen Theile vor-

handen ist, daß ein über dieselbe abgeschlossener Kaufcontract nicht als nichtig betrachtet werden könnte; so ist z. B., wenn ein vermiethetes Haus in der Weise abgebrannt ist, daß nur die äußeren Mauern desselben erhalten sind, die Gewährung der Benutzung, auf welche der Miethcontract sich bezieht, völlig unmöglich.[29])

Für diejenigen Fälle, in welchen die Unmöglichkeit nur als eine theilweise behandelt wird, kommen bei dem Tauschvertrage und der Sachenmiethe ganz dieselben Grundsätze, wie bei dem Kaufcontract, zur Anwendung, wenn beide Contrahenten oder einer derselben mit der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen sind. Haben also beide Theile gewußt, daß die Leistung nicht vollständig beschafft werden könne, so ist der Vertrag seinem ganzen Umfange nach unwirksam, insofern nicht der Wille der Contrahenten bloß auf den Theil der Leistung, welcher beschafft werden kann, gerichtet gewesen ist. Hat der Vermiether oder beim Tauschvertrage derjenige Contrahent, um dessen Leistung es sich handelt, gewußt, daß die Leistung theilweise unmöglich sei, so kann der Mitcontrahent auf Rescission des Vertrages klagen, oder dasjenige Interesse in Anspruch nehmen, welches er an der vollständigen Erfüllung des Vertrages hatte; der Contract ist in diesem Fall seinem ganzen Umfange nach gültig. Hat endlich der Contrahent, welcher die theilweise unmögliche Leistung sich bedungen hat, bei der Sachenmiethe der Miether, eine Kunde von der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung gehabt, so kann derselbe nur den möglichen Theil der Leistung verlangen, während er die ganze Gegenleistung prästiren muß.

Eine so vollständige Anwendung der für den Kauf geltenden Regeln, wie in den bisher erörterten Fällen, ist unthunlich in dem schließlich noch zu betrachtenden Fall, wenn das Vorhandensein der theilweisen Unmöglichkeit beiden Contrahenten unbekannt gewesen ist.

Die beim Tauschvertrage eintretenden Modificationen erklären sich aus der Beschaffenheit der Gegenleistung. — Eine Reduction der Gegenleistung ist allerdings, auch wenn dieselbe, wie dies beim Tausch der gewöhnliche Fall ist, nicht in fungibeln Sachen besteht, immer möglich, indem statt der ganzen Sache, welche als Gegenleistung bedungen ist, ein intellectueller Theil derselben geleistet werden kann. Auch kann die Rücksicht auf den Mitcontrahenten nicht dahin führen, die Aufrechthaltung des Tauschvertrages mit einer derartigen Reduction

29) Richelmann a. a. O. S. 92 ff.

der Gegenleistung gänzlich auszuschließen; sein Interesse ist in keiner Weise gefährdet, sofern ihm nur allgemein die Wahl zugestanden wird, den Vertrag in der angegebenen Weise bestehen zu lassen, oder von demselben zurückzutreten. — Dagegen fragt es sich, ob der andere Contrahent, nämlich derjenige, dessen Leistung theilweise unmöglich ist, eine solche Reduction der Gegenleistung sich gefallen lassen muß.

Bei dem Kaufcontract gilt es allerdings als Regel, daß der Verkäufer sich nicht weigern kann, den noch möglichen Theil der Leistung gegen Empfang eines ermäßigten Kaufpreises zu beschaffen. Diese Bestimmung ist aber ohne Zweifel nicht aus einer Begünstigung des Gläubigers vor dem Schuldner, sondern allein daraus zu erklären, daß die Beschaffenheit der Gegenleistung beim Kaufcontract eine Reduction derselben möglich macht, ohne daß dadurch das Interesse des Verkäufers verletzt wird. — Ganz anders verhält sich die Sache beim Tauschvertrag; hier nimmt jeder der Contrahenten eine ähnliche Stellung ein, wie bei dem Kaufcontract der Käufer; und eben daher ist es bei dem Tausch nothwendig, auf beide Contrahenten Rücksicht zu nehmen. Sehen wir nun auf denjenigen Contrahenten, dessen Leistung theilweise unmöglich ist, so läßt sich daraus, daß er die ganze Sache hat veräußern wollen, allerdings folgern, daß er kein besonderes Interesse hat, den noch vorhandenen Theil der Sache in seinem Vermögen zu behalten. Aber daraus, daß er seine ganze Sache gegen die ganze Sache des Mitcontrahenten hat vertauschen wollen, läßt sich nicht mit irgend welcher Sicherheit schließen, daß er, wenn er gewußt hätte, daß seine Sache nur zur Hälfte noch existire, diesen Theil gegen die intellectuelle Hälfte der Sache des andern Contrahenten hätte vertauschen, und auf diese Weise zugleich den Unannehmlichkeiten des Miteigenthums sich unterziehen wollen. — So gelangen wir denn zu dem Resultat, daß der Mitcontrahent nicht berechtigt ist, den noch möglichen Theil der Leistung gegen einen intellectuellen Theil der als Gegenleistung bedungenen Sache zu verlangen. Eben so wenig kann er aber die Leistung, soweit sie noch möglich ist, gegen einen realen Theil der Sache verlangen. Dies gilt selbst dann, wenn eine Realtheilung ohne eine Verminderung des Gesammtwerthes ausgeführt werden kann; es läßt sich nämlich durchaus nicht bestimmen, welcher reale Theil in einem solchen Falle von dem Gegenstande des Vertrages ausgeschlossen werden sollte, da dieser sich auf alle Theile der Sache gleichmäßig bezieht. — Kann nun dem Ausgeführten zufolge der Mitcontrahent den noch möglichen Theil der

Leistung gegen eine reducirte Gegenleistung nicht verlangen, so wird ihm allerdings in der Regel nichts Anderes übrig bleiben, als völlig vom Vertrage zurückzutreten. Der Vertrag ist aber keineswegs nichtig; der Mitcontrahent hat daher unzweifelhaft das Recht, den noch möglichen Theil der Leistung in Anspruch zu nehmen, insofern er die ganze Gegenleistung dafür hingeben will.[30])

Bei den bisherigen Ausführungen ist vorausgesetzt, daß die Gegenleistung nicht in fungibeln Sachen besteht. — Ist Letzteres der Fall, so fallen die obigen Bedenken gegen die Reduction der Gegenleistung hinweg; es werden daher in diesen Fällen der Regel nach die für den Kaufcontract geltenden Bestimmungen zur Anwendung zu bringen sein.[31])

Bei der Sachenmiethe besteht die Gegenleistung eben so, wie bei dem Kaufcontract, in Geld, und deshalb können hier die für den Kauf aufgestellten Regeln vollständiger zur Anwendung kommen. Demgemäß müssen wir für den zur Frage stehenden Fall, wenn beide Contrahenten mit der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung unbekannt gewesen sind, annehmen, daß der Miether, sofern er nicht von dem Vertrage zurücktritt, immer eine verhältnißmäßige Reduction der Gegenleistung verlangen kann. Nur insofern findet bei der Miethe eine Abweichung Statt, als für die Entscheidung der Frage, ob der Miether an den Vertrag gebunden ist, die in der **L. 57 pr. D. de contr. empt.** vorgeschriebene Berechnung nach Bruchtheilen wenigstens im All-

---

30) Richelmann a. a. O. S. 94 nimmt als Regel an, daß der Tauschvertrag nichtig sei, wenn auch nur der kleinste Theil einer der vertauschten Sachen untergegangen sei. Der Grund, welchen er dafür anführt, daß alle Sachen in der Regel physisch untheilbar seien, ist, wie aus dem Obigen hervorgeht, nicht zutreffend. Es ist aber wichtig, daran festzuhalten, daß die Obligation an sich gültig ist, weil sonst auch im Fall des dolus des Schuldners eine Klage auf das Interesse, welches der Mitcontrahent an der vollständigen Erfüllung des Tauschvertrages hatte, nicht zulässig wäre, während wir dies nach der hier durchaus zutreffenden Analogie des Kaufcontracts doch unzweifelhaft annehmen müssen.

31) Richelmann a. a. O. will dies nur dann gelten lassen, wenn auch der Gegenstand der Leistung in fungibeln Sachen besteht, weil nur bei solchen Sachen der Untergang nach quoten Theilen bestimmt werden könne, bei anderen Sachen aber der Maßstab fehle, nach dem der Abzug der Leistung (soll wohl heißen: Gegenleistung) zu machen sei. Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß ein solcher Maßstab hier ebensowohl vorliegt, wie beim Kaufcontract, indem bei dem letzteren gleichfalls nur die Leistung des Einen Contrahenten, des Käufers, in fungibeln Sachen bestehen muß, dies aber in Ansehung der anderen Leistung keineswegs gilt.

gemeinen nicht füglich benutzt werden kann. Besonders gilt dies in Ansehung der Hausmiethe. Hier wird in sehr vielen Fällen die Benutzung eines Theiles, sei es auch des größeren Theiles der Wohnung für den Miether fast gar kein Interesse haben, indem er des Ganzen für seine Zwecke bedarf, und seine Absicht demgemäß nur darauf ging, die ganze Wohnung zu miethen, nicht aber eventuell einen Theil derselben. Man muß daher dem Miether das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, immer einräumen, wenn durch die theilweise Unmöglichkeit die Benutzung, für welche die Sache bestimmt war, irgend wesentlich beeinträchtigt ist.[32])

Bei den auf ein Thun gerichteten Obligationen ist es besonders wichtig, zu unterscheiden, ob der Leistung ein streng einheitlicher Charakter beizulegen ist, oder nicht. Im ersten Fall kann nämlich wegen der Untheilbarkeit der Leistung von einer theilweisen Erfüllung und somit auch von einer theilweisen Unmöglichkeit der hier zur Frage stehenden Art überall nicht die Rede sein. — Bei denjenigen Leistungen, welche einen streng einheitlichen Charakter nicht haben, kann ferner der Zusammenhang, in welchem die einzelnen Theile der Leistung zu einander stehen, ein sehr verschiedener sein, und auch diese Verschiedenheit ist von wesentlichem Einfluß auf die Beantwortung der Frage, wie die theilweise Unmöglichkeit zu behandeln ist. Es bestimmt sich danach insonderheit, ob die Contrahenten im Fall eines beiderseitigen Irrthums an den Vertrag, so weit er noch erfüllt werden kann, gebunden sind.

Betrachten wir zunächst das Mandat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Mandatar jedenfalls nur in so weit zur Ausführung des übernommenen Auftrages verpflichtet ist, als derselbe überhaupt ausgeführt werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn der

32) Arg. L. 25 §. 2. D. locati (19. 2). Die Frage, ob der Vermiether, falls der Contract aufrechterhalten wird, verpflichtet ist, die vermiethete Sache, sofern solches möglich ist, wieder herzustellen, wird im Allgemeinen verneint werden müssen. Doch wird eine solche Verpflichtung in manchen Fällen aus den Bestimmungen des Vertrages hergeleitet werden können. Ueberdies versteht es sich von selbst, daß der Miether, wenn eine Wiederherstellung der Sache erfolgt, die Reduction der Gegenleistung immer nur für die Zeit bis zur erfolgten Wiederherstellung verlangen kann.

Mandatar wußte, daß eine vollständige Erfüllung des Mandats nicht möglich sei; das Wissen des Mandatars verpflichtet diesen nur, dem Mandanten denjenigen Schaden zu ersetzen, welchen dieser durch die dolose Täuschung erlitten hat, nicht aber das Interesse, welches er daran hatte, daß der Auftrag vollständig ausgeführt wäre. Die analoge Benutzung der **L. 57 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1)** ist hier aus dem Grunde ausgeschlossen, weil nicht sowohl der durch die Ausführung des Auftrages zu erzielende Erfolg, als vielmehr nur die auf denselben gerichtete Bemühung des Mandatars den Gegenstand der Mandatsobligation bildet. Es fragt sich aber, ob der Mandatar in allen Fällen einer theilweisen Unmöglichkeit der aufgetragenen Handlung zur theilweisen Ausführung des Auftrages verpflichtet ist, und welche Wirkungen der theilweisen Ausführung, sofern sie erfolgt, beizulegen sind.

Hat der Mandant gewußt, daß der Auftrag theilweise nicht ausgeführt werden könne, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sein Wille überhaupt nur auf die Ausführung, so weit solche möglich ist, gerichtet gewesen sei; jedenfalls ist der Mandant schon wegen seines **dolus** verpflichtet, dem Mandatar den Schaden zu ersetzen, welchen er in Folge der Uebernahme des Mandats erlitten hat, — vorausgesetzt, daß dem Mandatar nicht selbst eine grobe Verschuldung zur Last fällt. — Wenn dagegen dem Mandanten die theilweise Unmöglichkeit unbekannt gewesen ist, so wird die Entscheidung der oben aufgeworfenen Fragen vorzugsweise davon abhängen, ob nach den Umständen des besonderen Falls anzunehmen ist, daß der Mandant auch dann den Auftrag ertheilt haben würde, wenn er gewußt hätte, daß derselbe nur theilweise ausführbar sei. Um dies zu beurtheilen, können sehr verschiedene Umstände von Bedeutung sein. Insonderheit kommen aber zwei Momente hier in Betracht; nämlich der Umstand, ob die Ausführung des Mandats Kosten veranlaßt, welche eventuell von dem Mandanten zu ersetzen sind, und in welchem Verhältniß diese Kosten zu demjenigen stehen, was durch die Ausführung für den Mandanten erreicht werden soll, so wie ferner der Zusammenhang, welcher zwischen den einzelnen Theilen der aufgetragenen Handlung besteht. Veranlaßt die Ausführung des Mandats gar keine oder verhältnißmäßig geringfügige Kosten, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß der Mandant eventuell die theilweise Ausführung des Auftrages gewollt habe. Dagegen wird sich die Sache häufig anders verhalten, wenn es sich um erheblichere Kosten handelt, z. B. wenn der Auftrag sich auf den

Ankauf einer Sache für den Mandanten bezieht; in solchen Fällen insonderheit ist der Zusammenhang, in welchem die einzelnen Theile der von dem Mandatar übernommenen Leistung zu einander stehen, von großer Bedeutung. Kann nun in dem einzelnen Fall den vorliegenden Umständen nach nicht angenommen werden, daß der Mandant eventuell die theilweise Ausführung des Mandats gewollt habe, so ist der Mandatar zu einer solchen Ausführung nicht verpflichtet; ja er hat, wenn er mit dem Bewußtsein, daß der Auftrag nicht vollständig ausgeführt werden könne, die Ausführung desselben, so weit sie möglich ist, unternommen hat, keinen Anspruch auf die Erstattung der von ihm aufgewendeten Kosten, Auslagen u. s. w. Dagegen wird ihm die actio mandati contraria im Allgemeinen zuzusprechen sein, wenn er mit der theilweisen Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrages unbekannt gewesen ist, und ihm auch sonst keine Verschuldung zur Last fällt. Das Letztere folgt aber nicht aus den Grundsätzen über die theilweise Unmöglichkeit; es ergiebt sich vielmehr allein aus der weiten Ausdehnung, in welcher die Verpflichtung des Mandanten zur Schadloshaltung des Mandatars anerkannt ist.[33])

Unter den Obligationen, welche auf ein Thun gerichtet sind, ist außer dem Mandat noch die Dienstmiethe von großer Bedeutung.

---

33) Die Quellen geben uns über die oben angeregten Fragen keinen genügenden Aufschluß. Auch ist die Beantwortung der Frage, ob der Mandatar im Fall einer theilweisen Unmöglichkeit zur theilweisen Ausführung des Auftrages verpflichtet ist, wegen des ihm zustehenden Rechts der Renunciation nur von untergeordneter Bedeutung. Die Frage ferner, ob durch die theilweise Ausführung des Auftrages die actio mandati contraria begründet ist, wird häufig dadurch alle Bedeutung verlieren, daß der Mandant, so wie er die theilweise Unmöglichkeit der Ausführung erfährt, das Mandat gänzlich widerruft oder ausdrücklich erklärt, daß er die Ausführung, so weit sie noch möglich sei, wolle. Doch können Fälle vorkommen, in welchen diese Frage von Bedeutung ist. Hierher gehört in gewisser Beziehung die Entscheidung der L. 36. §§. 2. 3. D. mandati (17. 1). Dieser Stelle zufolge soll der Mandant, welcher den Auftrag ertheilt hat, eine im Miteigenthum mehrerer Personen befindliche Sache zu kaufen, falls er nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er nur die ganze Sache haben wolle, dem Mandatar haften, wenn derselbe einige Theile der Sache gekauft hat, andere aber nicht hat kaufen können. Daß hier, wie es scheint, das dem Ankauf einiger Theile entgegenstehende Hinderniß erst später eingetreten ist, dürfte schwerlich auf die Entscheidung influirt haben. Es läßt sich jedoch aus der Stelle kein Schluß ziehen, weder darauf, daß die theilweise Ausführung immer zur Anstellung der actio mandati contraria berech-

— Wie die Wirkungen der theilweisen Unmöglichkeit bei diesem Contract zu bestimmen sind, ist für manche Fälle sehr zweifelhaft, da es an Entscheidungen der Quellen, welche wir unmittelbar benutzen könnten, völlig fehlt, und die für den Kaufcontract geltenden Regeln wegen der abweichenden Natur der hier zur Frage stehenden Obligation nicht allgemein zur Anwendung gebracht werden können.

Von besonderer Wichtigkeit ist bei den auf eine Arbeit gerichteten Miethverträgen die Untersuchung, ob die einzelnen operae den Gegenstand der Obligation bilden, oder ob diese auf ein opus gerichtet ist. Doch reicht diese Unterscheidung keineswegs aus. Denn einestheils kann der Leistung eines opus nicht in allen Fällen ein streng einheitlicher Charakter beigelegt werden,[34]) anderntheils können auch die ein-

---

tige, sofern eine vollständige Ausführung nicht möglich sei, noch darauf, daß dies in dem Fall der L. 36 cit. allgemein gelte. Der Entscheidung liegt nämlich, wie aus dem Inhalt der L. 36 hinreichend klar hervorgehen dürfte, die Voraussetzung zu Grunde, daß der Mandant damit bekannt gewesen ist, daß die einzelnen Theile nur gesondert gekauft werden konnten. War er aber mit diesen Verhältnissen bekannt, so konnte ihm die naheliegende Möglichkeit einer bloß theilweisen Erlangung der Sache nicht entgehen, und es ist deshalb durchaus consequent, daß der Mandant zur Annahme der Theile verpflichtet wird, wenn er nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er nur die ganze Sache haben wolle. Im Allgemeinen wird man aber daraus, daß Jemand den Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache ertheilt hat, nicht schließen können, daß er eventuell auch den Ankauf eines Theils derselben gewollt habe.

34) Die Untheilbarkeit ist allerdings ein wichtiges Merkmal der Leistung eines opus; die Regeln, welche das römische Recht darüber aufstellt, gehören aber nur zu dem jus, quod pactis privatorum mutari potest. Die Leistung eines opus kann demnach durch eine besondere Vereinbarung der Contrahenten ihre Untheilbarkeit verlieren, so namentlich dadurch, daß eine successive Ablieferung bedungen ist, womit regelmäßig eine Feststellung der Gegenleistung nach Fuß, Maß oder Gewicht verbunden sein wird. Aber auch, wenn eine Aversionalsumme für das ganze opus bedungen, und über eine theilweise Ablieferung unter den Contrahenten nichts vereinbart ist, kann es der Leistung ausnahmsweise an dem streng einheitlichen Charakter fehlen. Entscheidend sind hier die im Verkehr herrschenden Ansichten, welche manchmal eine andere Beurtheilung der Leistung nöthig machen werden, als wir sie bei den römischen Juristen finden; — wie z. B. nach dem Ortsgebrauch in manchen Gegenden eine Theilbarkeit der Leistung als Regel anzunehmen sein wird, wenn das opus in dem Ziehen eines Grabens, dem Aufwerfen eines Walles besteht. Ob eine Leistung unter den engeren Begriff des opus fällt, ist in solchen Fällen nicht nach den Aussprüchen der römischen Juristen, welche auf den in dem damaligen Verkehr herrschenden Ansichten beruhen, sondern nach den Ansichten, welche in dem gegenwärtigen Verkehr herrschen, zu entscheiden. Wie wenig

zelnen operae in einem solchen Zusammenhange mit einander stehen, daß der theilweisen Unmöglichkeit eine Einwirkung auf die Obligation auch in Betreff derjenigen operae, welche geleistet werden können, zukommt. Wir können hier nur einzelne Fälle hervorheben; die Grundsätze, welche für die anderen Fälle gelten, werden sich aber daraus ohne erhebliche Schwierigkeit ableiten lassen.

Ist ein opus verdungen, und zugleich ausgemacht, daß dasselbe aus gewissen, in dem Vertrage individuell bezeichneten Sachen angefertigt werden soll, so kann eine Unmöglichkeit der völligen Herstellung des opus vorliegen, wenn einige der zu verwendenden Sachen vorher untergegangen sind, oder wenn diejenigen Sachen, aus welchen dem Vertrage zufolge das opus herzustellen ist, zur vollständigen Ausführung desselben nicht hinreichen. Wir setzen hier zugleich voraus, daß die Leistung des opus, wie das die Regel bildet, eine untheilbare ist.

Sind in diesem Fall beide Theile mit dem gedachten Umstande bekannt gewesen, so ist im Zweifel gar kein gültiger Vertrag abge-

rein äußerliche Merkmale entscheidend sind, und wie wichtig es ist, immer auf die Absicht der Contrahenten einzugehen, möge ein Beispiel zeigen, auf welches ich durch einen hiesigen Freund aufmerksam gemacht bin. Es kommt nicht selten vor, daß ein Handwerker seine Gesellen in der Weise annimmt, daß der Lohn derselben nicht nach der Arbeitszeit, sondern nach den einzelnen Arbeitsgegenständen, welche der Gesell fertig liefert, sich bestimmt, z. B. daß ein Schneidergesell für einen fertig genähten Rock so viel, für ein Beinkleid so viel u. s. w. bekommt. Aeußerlich angesehen ist hier die Leistung, zu welcher der Gesell dem Meister gegenüber verpflichtet ist, der von dem Meister an den Besteller zu beschaffenden Leistung ganz ähnlich; dessenungeachtet ist die letztere Leistung ein opus, während der Vertrag zwischen dem Meister und dem Gesellen als eine locatio operarum anzusehen ist, indem nach der Absicht der Contrahenten die einzelnen operae den wahren Gegenstand der Obligation bilden, und nur für die Vergütung ein anderer, als der gewöhnliche Maßstab gewählt ist, aber ohne daß dadurch die Natur der Leistung verändert würde. — Die praktische Bedeutung der angegebenen Unterscheidungen wird sich weiterhin im Text und namentlich auch in dem von der nachfolgenden Unmöglichkeit handelnden Kapitel ergeben. Hier bemerken wir nur, daß dann, wenn dem bedungenen opus ausnahmsweise der Charakter der Untheilbarkeit abgeht, im Allgemeinen die für die locatio operarum geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen; doch ist freilich immer zu untersuchen, in welchem Zusammenhange die einzelnen Theile der Leistung unter einander stehen, ferner, ob nicht die Theilbarkeit der Leistung im einzelnen Fall nur als eine beschränkte anzusehen sei.

schlossen, ganz ebenso, wie in dem Fall der **L. 57 §. 3. D.** de contr. empt. (18. 1).

Hat der Arbeiter allein gewußt, daß das Material nicht hinreiche, so ist der Besteller nicht an den Contract gebunden und kann überdies das Interesse in Anspruch nehmen, welches er daran hatte, daß der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen wäre. Die Bestimmung der **L. 57 §. 1. D.** de contr. empt., derzufolge der Verkäufer, welcher wissentlich ein theilweise abgebranntes Gebäude verkauft, dem Käufer das Interesse zu leisten hat, welches dieser an der vollständigen Erfüllung des Contracts hatte, läßt sich im Allgemeinen auf die locatio operis nicht anwenden, weil der Gegenstand derselben Arbeit ist, und diese Arbeit überall kein Interesse hat, wenn es an den Gegenständen zur Bearbeitung fehlt. Ausnahmsweise wird jedoch der Vertrag in dem angeführten Fall so zu interpretiren sein, daß der Arbeiter verpflichtet ist, die fehlenden Materialien zu liefern und auf diese Weise das Werk auszuführen, oder, falls er solches nicht thut, dem Besteller dasjenige Interesse zu erstatten, welches dieser an der Erfüllung des Vertrages hat.[35])

Hat der Besteller gewußt, daß das bestimmte Material nicht genüge oder theilweise nicht mehr vorhanden sei, während der Arbeiter sich in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat, so ist der Besteller nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Erstattung des durch seinen dolus dem Arbeiter zugefügten Schadens verpflichtet; er muß den Arbeiter also namentlich entschädigen wegen der in Folge der

---

35) Diese Interpretation wird besonders dann nicht selten gerechtfertigt sein, wenn die bestimmten Materialien, welche dem Vertrage zufolge verwendet werden sollen, dem Arbeiter gehören, also von ihm zu liefern sind. Doch ist hierbei immer vorausgesetzt, daß nicht etwa die ausschließliche Benutzung der in dem Vertrage bezeichneten Materialien ausdrücklich in dem Vertrage vorgeschrieben ist oder doch in der auf andere Weise erkennbaren Absicht beider Contrahenten gelegen hat. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so kann von einer Ausführung des bedungenen opus überall nicht die Rede sein; die Verpflichtung des Arbeiters geht alsdann immer nur auf Erstattung desjenigen Interesse, welches der Besteller daran hat, nicht über die Unmöglichkeit der Leistung getäuscht zu sein. — Obgleich der Contract, wenn der Arbeiter das Material liefert, regelmäßig als ein Kaufcontract angesehen wird [vergl. L. 2 §. 1. D. locati (19. 2). L. 20. D. de contr. empt. (18. 1)], so steht doch die Untheilbarkeit der Leistung, derzufolge die Unmöglichkeit der vollständigen Herstellung des opus den Charakter einer völligen Unmöglichkeit annimmt, der Anwendung der L. 57 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1) auch hier entgegen.

Täuschung nutzlos von ihm aufgewendeten Mühe und Kosten, so wie ferner, wenn er der fraglichen Arbeit wegen andere Bestellungen abgewiesen hat u. s. w. Eine weiter gehende Verpflichtung wird man in dem vorliegenden Fall dem Besteller, wie ich glaube, nicht auflegen können. Die Analogie der **L. 57 §. 2. D. de contr. empt.**, welche dahin führen würde, daß der Besteller gegen die theilweise Anfertigung des **opus** die ganze Gegenleistung zu prästiren habe, wird schwerlich benutzt werden können, da wegen der Untheilbarkeit der Leistung die bloß theilweise Anfertigung des **opus** überhaupt nicht als eine Erfüllung des Vertrages betrachtet werden kann. Eine Verpflichtung des Bestellers, das etwa fehlende Material nachzuliefern, liegt aber in den meisten Fällen ganz außerhalb der Bestimmungen des Vertrages.

Ist es endlich beiden Theilen unbekannt gewesen, daß das zur Herstellung des **opus** bestimmte Material nicht hinreiche, so ist keiner an den Vertrag gebunden. Der einheitliche Charakter der Leistung hat namentlich die Folge, daß der Arbeiter, wenn er doch das Werk theilweise anfertigt, nicht einen entsprechenden Theil der Gegenleistung in Anspruch nehmen kann. Doch kann der Vertrag, wenn er nicht geradezu auf die ausschließliche Benutzung der in ihm bezeichneten Materialien gerichtet ist, unter Umständen auf indirectem Wege aufrecht erhalten werden, nämlich dadurch, daß der Arbeiter, um die etwa bisher aufgewendeten Kosten nicht zu verlieren, mit eigenem Material das Werk vollendet, und auf diese Weise dem Besteller jedes Interesse benimmt, die Annahme des Werks abzulehnen.

Wesentlich anders fallen die Entscheidungen aus, wenn der Contract als eine **locatio operarum** zu betrachten ist, der Leistung der Dienste also der streng einheitliche Charakter abgeht. Wir wollen unseren Erörterungen über die **locatio operarum** zwei Beispiele zu Grunde legen: 1) Jemand hat einen Arbeiter angenommen, um den Wein aus einem bestimmten, in seinem Keller liegenden Faß, dessen Inhalt theilweise ausgelaufen ist, auf Flaschen zu ziehen; als Gegenleistung kann hier eine Aversionalsumme für die ganze Arbeit bedungen, oder der Betrag derselben von der Zahl der gefüllten Flaschen abhängig gemacht sein. 2) Jemand hat einen Bedienten auf ein Jahr gemiethet, welcher, um der ihm obliegenden Militairpflicht zu genügen, verpflichtet ist, während dieses Jahres vier Wochen bei dem Regiment, zu welchem er gehört, Dienste zu thun, und deshalb sich außer Stande

befindet, die dem Dienstherrn versprochenen operae für diese vier Wochen zu leisten.[36]) — In dem ersten Fall besteht kein näherer Zusammenhang zwischen denjenigen Theilen der Leistung, welche beschafft werden können, und denjenigen Theilen, in Betreff deren die Leistung unmöglich ist. Im zweiten Fall wird dagegen ein solcher Zusammenhang nicht selten vorliegen; der Ausfall eines Theils der Dienste kann den Werth, welchen die Dienste der bestimmten Person überhaupt für den Dienstherrn haben, erheblich herabsetzen, zumal da es häufig schwer sein wird, einen passenden Vertreter für einen Zeitraum zu erlangen, welcher mit den Zeitabschnitten, für welche Dienstboten regelmäßig ihre Dienste zu vermiethen pflegen, nicht zusammentrifft. — Wir wollen nun versuchen, an den angeführten Beispielen die für die Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit bei der locatio operarum geltenden Grundsätze zu entwickeln. Auch hier ist, wie bei der locatio operis, auf das Bewußtsein der handelnden Personen vorwiegende Rücksicht zu nehmen.

Sind beide Theile mit dem Hinderniß, welches die Leistung der Dienste theilweise unmöglich macht, bekannt gewesen, so hängt die Entscheidung namentlich von der Art und Weise ab, wie die Gegenleistung bedungen ist. Ist contractlich festgesetzt, daß dieselbe sich nach dem Ergebniß der einzelnen geleisteten Dienste bestimmen soll, wie z. B. im ersten Beispiel, wenn die Gegenleistung nach der Zahl der gefüllten Flaschen sich bestimmt, so ist der Contract als gültig anzusehen, insoweit derselbe erfüllt werden kann, und die Gegenleistung nach Maßgabe derjenigen Dienste, welche geleistet werden können, zu bestimmen. Die Analogie der locatio operis und des Kaufs einer theilweise untergegangenen Sache trifft hier nicht zu, weil die einzelnen Theile der Leistung weder an sich in einem so unmittelbaren Zusammenhange mit einander stehen, noch auch durch eine, für alle gemeinsam bestimmte Gegenleistung in eine nähere Verbindung mit einander gebracht sind. Besteht die Gegenleistung in einer Aversionalsumme, so fragt es sich, ob der Contract dahin ausgelegt werden kann, daß der Wille der Contrahenten nur auf die Leistung, so weit sie möglich ist, gerichtet gewesen und dafür die Gegenleistung bedungen sei. In den oben angeführten beiden Beispielen wird eine solche Aus-

36) Daß der Gesindevertrag im Allgemeinen nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt werden kann, dürfte in Ansehung der Frage, um welche es sich hier handelt, nicht in Betracht kommen.

legung sehr nahe liegen, und daher der Arbeits- oder Dienstherr im Zweifel verpflichtet sein, die bedungene Aversionalsumme, beziehungsweise den Jahreslohn, gegen Leistung derjenigen Dienste, welche geleistet werden können, zu zahlen. Sofern jedoch eine derartige Auslegung nicht als anwendbar erscheint, müssen wir den Vertrag als seinem ganzen Umfange nach unwirksam betrachten, ebenso wie in dem Fall der **L. 57 §. 3. D. de contr. empt.**

Ist nur der Arbeitsherr mit dem Hinderniß bekannt gewesen, so sind die Bestimmungen der **L. 57 §. 2. D. de contr. empt.** analog zur Anwendung zu bringen; der Arbeitsherr, welcher eine Aversionalsumme für das Abzapfen des Weines versprochen hat, muß hier unzweifelhaft die ganze Summe, ebenso der Dienstherr im zweiten Beispiel den ganzen Jahreslohn zahlen.[37]) Die Bestimmungen der **L. 57 §. 2 cit.** können aber freilich dann nicht zur Anwendung kommen, wenn eine bestimmte Summe als Gegenleistung überhaupt nicht bedungen, der Betrag der Gegenleistung vielmehr von dem Ergebniß der geleisteten Dienste abhängig gemacht ist, wie dies bei den so überaus häufig vorkommenden Accordarbeiten der Fall ist. Hierher gehört das erste der oben angeführten Beispiele, wenn ausgemacht ist, daß die Gegenleistung nach der Zahl der gefüllten Flaschen sich bestimmen soll. In diesem Fall kann eine Gegenleistung, wie sie, wenn das Faß voll gewesen wäre, hätte verdient werden können, nicht verlangt werden, sondern nur eine solche, wie sie der Zahl der wirklich gefüllten Flaschen entspricht. Der Arbeiter, welcher dem Vertrage zufolge darauf rechnen konnte, eine längere Zeit bei dem Arbeitsherrn beschäftigt zu sein, kann jedoch das Interesse in Anspruch nehmen, welches er daran hatte, in dieser Beziehung nicht getäuscht zu sein, so wie ihm überdies wegen des **dolus** des Arbeitsherrn das Recht zusteht, die Aufhebung des ganzen Contracts nebst einer Entschädigung wegen der nachtheiligen Folgen, welche derselbe etwa für ihn gehabt hat, zu verlangen.

Hat nur derjenige, welcher seine Dienste vermiethet hat, gewußt, daß die Leistung theilweise nicht ausgeführt werden könne, so kann der Miether auf Rescission des Contracts klagen. Läßt er denselben jedoch bestehen, so ist der Vermiether verpflichtet, die Dienste, so weit sie ge-

---

37) In dem letzteren Beispiel ist allerdings ein entschuldbarer Irrthum des Bedienten kaum möglich; dies ist jedoch nur eine quaestio facti, auf welche wir im Obigen keine Rücksicht genommen haben.

leistet werden können, zu leisten, und muß, wie nach der Analogie der **L. 57 §. 1. D. de contr. empt.** anzunehmen ist, überdies wegen derjenigen Dienste, deren Leistung nicht möglich ist, den Miether entschädigen, sofern dieser an der vollständigen Erfüllung des Contracts ein Interesse hat. Ist ein solches Interesse nicht vorhanden, so fällt nur der entsprechende Theil der Gegenleistung weg.[38]) Wenden wir dies auf die oben angeführten Beispiele an, so ist in dem Fall des zweiten Beispiels der Bediente wegen seines **dolus** verpflichtet, dem Dienstherrn die Nachtheile, welche der Ausfall eines Theils der Dienste für denselben hat, die Kosten, welche die etwaige Annahme eines Stellvertreters veranlaßt, u. s. w. zu erstatten. Dagegen kann in dem Fall des ersten Beispiels von einer Entschädigung wegen der nicht geleisteten Dienste nicht die Rede sein, weil die bedungene Arbeit nur dadurch ein Interesse für den Miether gewinnt, daß er den Gegenstand hat, auf welchen sie sich beziehen soll, der Arbeiter aber für die Existenz dieses Gegenstandes nicht zu haften hat; hier fällt also, wenn der Arbeitsherr nicht von dem Vertrage zurücktritt, nur der verhältnißmäßige Theil der Gegenleistung weg.

Sind endlich beide Theile mit dem Hinderniß unbekannt gewesen, so ist der Miether der Dienste immer berechtigt, eine verhältnißmäßige Reduction der Gegenleistung zu verlangen; falls eine Aversionalsumme nicht festgesetzt ist, bezieht seine Verpflichtung sich nur auf Prästation der Gegenleistung für diejenigen Dienste, deren Leistung möglich ist. Ob der Miether berechtigt ist, einseitig von dem Vertrage zurückzutreten, hängt von dem Zusammenhang ab, in welchem die Dienste, welche geleistet werden können, und diejenigen, deren Leistung unmöglich ist, unter einander stehen. Demzufolge wird dem Miether das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, in dem Fall des ersten Beispiels im Zweifel zu versagen, in dem des zweiten Beispiels regelmäßig einzuräumen sein.

Schließlich betrachten wir noch das auf Dienstleistungen oder auf Anfertigung eines **opus** gerichtete Schenkungsversprechen.

---

38) Selbstverständlich ist bei den obigen Bestimmungen vorausgesetzt, daß nicht etwa die einzelnen bedungenen Dienste nach der Absicht der Contrahenten so außer aller Beziehung zu einander stehen, daß das Vorhandensein mehrerer selbständiger Obligationen auf die verschiedenen Dienste anzunehmen ist. S. oben S. 154 ff.

Sind Dienste schenkungsweise versprochen, so kann, wenn nur operae, nicht ein opus den Gegenstand des Schenkungsversprechens bilden, kein Zweifel obwalten, daß der Schenker immer verpflichtet ist, die Dienste, soweit deren Leistung möglich ist, zu leisten. Auf das Bewußtsein des Schenkers oder Beschenkten kommt hierbei nichts an; der dolus des Schenkers begründet jedoch unter denselben Voraussetzungen, wie bei dem auf eine Sachleistung gerichteten Schenkungsversprechen, eine Entschädigungsklage des Beschenkten.

Ist die Anfertigung eines opus schenkungsweise versprochen, so ist der Schenker, vorausgesetzt, daß die Leistung nicht ausnahmsweise eine Theilung zuläßt, überall nicht, auch nicht zur theilweisen Ausführung des opus verpflichtet, wenn z. B. die bestimmten Materialien, welche dem Schenkungsversprechen zufolge dazu verwendet werden sollten, nicht ausreichen oder theilweise untergegangen sind. Insofern der Schenker sich jedoch verpflichtet hatte, aus bestimmten, von ihm selbst herzugebenden Sachen das opus für den Beschenkten anzufertigen, könnte es sich fragen, ob nicht das Schenkungsversprechen dahin aufrechtzuhalten sei, daß der Schenker wenigstens diese Sachen, so weit sie vorhanden sind, dem Beschenkten zu liefern habe, indem Letzterer, wenn das Werk hätte hergestellt werden können, die gedachten Sachen als Theile des opus erhalten haben würde. Die Entscheidung hängt davon ab, ob anzunehmen ist, daß der Wille des Schenkers wenigstens eventuell auf Leistung dieser Gegenstände für sich gerichtet gewesen sei; eine solche Annahme wird aber keineswegs in allen Fällen gerechtfertigt sein, so z. B. dann nicht, wenn die Absicht, das Vermögen des Beschenkten zu bereichern, völlig in den Hintergrund trat, indem es dem Schenker nur darum zu thun war, daß der Beschenkte eine A r b e i t von ihm, etwa als ein Andenken erhalte. — Eine Auslegung des Schenkungsversprechens, derzufolge der Schenker das etwa fehlende Material selbst zu liefern hätte, ist hier regelmäßig ausgeschlossen; dagegen versteht es sich von selbst, daß der dolus des Schenkers diesen verpflichtet, dem Beschenkten den Schaden zu ersetzen, welchen er in Folge der Täuschung erlitten hat.

Aus demjenigen, was wir mit Beziehung auf die Obligationen auf ein Thun bemerkt haben, dürfte hervorgehen, daß völlig durchgreifende Regeln über die Behandlung der theilweisen Unmöglichkeit sich hier noch weniger, als bei den Obligationen auf Sachleistungen, aufstellen lassen. Die obigen Ausführungen können nur als Anhalts-

punkte für die Entscheidung der Frage, welche Wirkungen der theilweisen Unmöglichkeit im einzelnen Fall beizulegen sind, dienen; ein Generalisiren ist aber hier sehr bedenklich, weil die Fälle, wie sie im wirklichen Verkehr vorkommen, überaus mannigfaltig sind und sich nicht unter wenige, streng geschiedene Kategorien bringen lassen. Es ist daher durchaus erforderlich, in jedem einzelnen Fall auf die Natur der Leistung und die Absicht der Contrahenten einzugehen.

---

§. 18.

Theilweise Unmöglichkeit. — In Beziehung auf die Qualität der zu leistenden Sache.

Der Schuldner kann den Gegenstand seinem äußeren Umfange nach leisten; er kann aber eine Verpflichtung, die ihm in Betreff der Qualität der zu leistenden Sache obliegt, nicht erfüllen. Dies ist der Fall, welchen wir in diesem §. zu behandeln haben.

Das Versprechen einer Qualität, deren Leistung unmöglich ist, kann nicht nur bei Obligationen, welche auf individuell bestimmte Sachen gerichtet sind, sondern auch bei generischen Obligationen vorkommen; — bei den letzteren, insofern die zugesagte Qualität eine solche ist, welche sich bei einem Gegenstande der bedungenen Gattung überhaupt nicht finden kann. Die erwähnte Unmöglichkeit hat jedoch bei der generischen Obligation eine andere Natur, als bei derjenigen Obligation, welche auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichtet ist.

Dadurch, daß der generischen Obligation das Versprechen einer bestimmten Qualität hinzugefügt wird, wird nämlich die G a t t u n g näher bestimmt, welcher die zu leistende Sache angehören soll. Dieselbe soll nicht der Gattung im Allgemeinen, sondern derjenigen Unterabtheilung der Gattung, welche die bestimmte zugesagte Qualität hat, angehören. Existirt eine solche Unterabtheilung der Gattung nicht, so liegt in der That nicht eine bloß theilweise, sondern eine v ö l l i g e Unmöglichkeit vor; ganz ebenso, wie wenn ohne weitere Beschränkung ein Gegenstand aus einer Gattung versprochen wäre, welche nicht existirt.

Dieses aus der Natur der Sache sich ergebende Resultat wird in folgenden Stellen anerkannt:

L. 7 §. 1. D. *de tritico* (33. 6). *Javolen.* l. 2 ex Post. Lab.

„Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato. Ofilius, nihil legatum esse: quod et Labeo probat: quoniam *ejusmodi triticum in rerum natura non esset:* quod verum puto."

L. 8. C. *de contr. stip.* (8. 38). *Diocl.* et *Maxim.*

Non moriturum praestari servum, impossibilis promissio est . . . . . ." [1])

In der letzten Stelle wird zwar nicht ausgesprochen, daß die Stipulation ihrem ganzen Umfange nach nichtig sei; nach den sonst für die Stipulation aufgestellten Regeln läßt es sich jedoch nicht bezweifeln, daß eben durch die Worte: „impossibilis promissio est" zugleich die Unwirksamkeit der Stipulation hat ausgesprochen werden sollen.

Dasselbe, was in den abgedruckten Stellen für einseitige Obligationen anerkannt ist, muß auch für die gegenseitigen, z. B. den Kaufcontract, gelten.

Ein Entschädigungsanspruch des Gläubigers kann hier nicht wohl vorkommen, da die Unmöglichkeit immer eine absolute und daher der etwaige Irrthum des Gläubigers kein entschuldbarer ist.

Aus den bisherigen Bemerkungen ergiebt es sich, daß von einer theilweisen Unmöglichkeit der hier zur Frage stehenden Art nur dann die Rede sein kann, wenn in Ansehung einer individuell bestimmten Sache die Verpflichtung zur Prästation von Eigenschaften übernommen ist, welche die Sache nicht hat. Ob die versprochene Eigenschaft durch menschliche Thätigkeit der Sache noch beigelegt werden kann, wird im Allgemeinen nicht berücksichtigt. Die Obligation hat

1) Der Schluß der Stelle: „Post mortem autem ejus stipulatus, recte solutionem postulat" macht einige Schwierigkeit. Während der erste Theil der L. 8. C. cit. von einer obligatio generis zu verstehen ist, kann hier nur an eine stipulatio speciei gedacht werden, und zwar wird man die angeführten Worte auf einen Fall beziehen müssen, wie er in L. 83 §. 7. D. de V. O. (45. 1) mitgetheilt ist. Daß es den beiden Sätzen der L. 8 an dem rechten inneren Zusammenhange fehlt, werden wohl die Compilatoren zu verantworten haben.

die Sache, wie sie ist, zum Gegenstande, und, wie sie nun einmal ist, kann sie nicht mit der zugesagten Eigenschaft geliefert werden. [2])

Die Entscheidungen in den Quellen, welche von der theilweisen Unmöglichkeit in Betreff der Qualität der zu leistenden Sache handeln, beziehen sich sämmtlich auf die Stipulation und den Kaufcontract.

Der Stipulation, zu welcher wir uns zunächst wenden, lag nicht immer ein einseitiges Geschäft zu Grunde; sie konnte auch mit Beziehung auf eine Gegenleistung abgeschlossen werden. In der letztern Weise kam gerade diejenige Stipulation, welche auf Prästation bestimmter Eigenschaften gerichtet war, sehr häufig vor, indem sie als Nebenvertrag einem Kaufcontract hinzugefügt wurde.

Die Stellen, welche wir in den Quellen finden, beziehen sich fast alle auf diese Anwendung der Stipulation. Die wichtigste der Stellen ist:

L. 31. D. *de evict.* (21. 2). *Ulp.* l. 42 ad Sabinum.

„Si ita quis stipulanti spondeat, sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, et cetera: inutilis stipulatio quibusdam videtur: quia si quis est in hac causa, *impossibile* est, quod promittitur: si non est, frustra est: sed ego puto verius, hanc stipulationem, furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse, utilem esse: *hoc enim continere, quod interest, horum quid esse vel horum quid non esse:* sed et si cui horum fuerit adjectum, praestari, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio, quae ab Aedilibus proponitur, inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit."

Dieser Stelle zufolge scheinen einige Juristen die Stipulation von Eigenschaften, welche die Sache nicht hat, wegen der Unmöglichkeit der Leistung als ungültig betrachtet zu haben. Ulpian verwirft diese Meinung; er interpretirt die Stipulation, um sie aufrecht zu erhalten, so, als ob sie für den Fall, daß die Sache die versprochene Eigenschaft nicht hätte, auf das Interesse gerichtet sei, welches der Stipulator an dem Vorhandensein der Eigenschaft hatte. [3])

---

2) Unter Umständen wird jedoch das Versprechen einer Eigenschaft so zu interpretiren sein, daß der Schuldner die bedungene Eigenschaft, falls die Sache selbige nicht hat, derselben noch geben soll; vergl. L. 26. D. de act. empti. (19. 1), eine Stelle, deren Entscheidung sich hier analog benutzen läßt.

3) Dasselbe Resultat wird anerkannt in L. 16 §. 2 i. f. D. de evict. (21. 2). L. 44 §. 2. D. de Aed. Ed. (21. 1).

Aus dieser Begründung der Gültigkeit der Stipulation geht hervor, daß Ulpian die Leistung keineswegs für eine mögliche hält. Der Grund der aus der Stipulation zugelassenen Klage ist, daß für den Fall der Nichterfüllung das Interesse als versprochen angesehen wird.[4])

Diese Interpretation, welche, wie aus der **L. 31 cit.** hervorgeht, keineswegs als eine sich von selbst verstehende zu betrachten ist, mag wohl namentlich dadurch zu allgemeiner Geltung gelangt sein, daß man dasjenige, was für die von den Aedilen vorgeschriebene Stipulation den allgemeinen Regeln zufolge angenommen werden mußte (**§. 11** Note 5), auf die übrigen Stipulationen ausdehnte. Da nun die Vorschriften der Aedilen sich nur auf den Kauf bezogen, so läßt sich nicht mit Bestimmtheit folgern, daß dasselbe, was für die dem Kauf hinzugefügte Stipulation galt, auch dann gegolten habe, wenn der Stipulation ein rein einseitiges Geschäft zu Grunde lag; daß hier dieselbe Auslegung allgemein zur Anwendung gebracht wurde, steht auch keineswegs so fest, daß jeder Zweifel ausgeschlossen wäre.[5]) Heutzutage werden wir jedenfalls das einer Schenkung hinzugefügte Versprechen einer bestimmten Qualität nur dann in der angegebenen Weise interpretiren dürfen, wenn aus anderen Umständen hervorgeht, daß eine

---

4) Nach dem oben, §. 12 Note 6, Bemerkten könnte man annehmen, daß auch das ausdrückliche Versprechen des Interesse, welches hier dieselbe Natur, wie eine Conventionalstrafe, hat, ungültig gewesen wäre, wenn die Leistung der Eigenschaften unmöglich und daher das auf dieselbe gerichtete Versprechen ungültig wäre. Man faßte jedoch das Versprechen der Conventionalstrafe in solchen Fällen nicht in seiner Beziehung zu dem Nebenvertrage, mit welchem es unmittelbar in Verbindung stand, sondern in seiner Beziehung zu der Hauptobligation auf. Da letztere in dem hier zur Frage stehenden Fall gültig ist, so wird an der Gültigkeit der auf die Conventionalstrafe gerichteten Stipulation, selbst wenn sie nach der Absicht der Contrahenten nur eine accessorische Natur hat, nicht gezweifelt. Dieselbe fällt nur dann weg, wenn es an einer wirksamen Hauptobligation, auf welche sie sich beziehen könnte, fehlt.

5) In L. 62. D. de Aed. Ed. (21. 1) wird gesagt, der Schenker sei nicht verpflichtet, dasjenige zu versprechen, was von den Aedilen in Beziehung auf den Kauf vorgeschrieben sei. Hiernach scheint es allerdings, daß die promissio wegen Eigenschaften der geschenkten Sache, wenn sie doch erfolgte, verpflichtend war. In ähnlicher Weise wurde der Schenker durch eine darauf sich beziehende Stipulation zur Evictionsleistung verpflichtet, zu welcher er an sich nicht verpflichtet war. L. 2. C. de evict. (8. 45). Vergl. jedoch auch Paulus, Rec. Sent. V. tit. 11 §. 5.

solche Auslegung der Absicht der Parteien entspricht. Abgesehen von diesem Fall, müssen wir bei dem Schenkungsversprechen dieselben Grundsätze zur Anwendung bringen, welche in dem vorigen §. für dasselbe aufgestellt sind.

Bei Vermächtnissen individuell bestimmter Sachen wird selten eine Bestimmung über die Qualität vorkommen. Hier kann es noch weniger zweifelhaft sein, daß das Vermächtniß nur insoweit aufrecht erhalten wird, als dessen Erfüllung möglich ist.

Von den gegenseitigen Obligationen kommt fast ausschließlich der Kaufcontract in Betracht, weil die Vorschriften des Aedilicischen Edicts, welche eine gesonderte Behandlung der hier zur Frage stehenden Art der theilweisen Unmöglichkeit erforderlich machen, sich zunächst allein auf den Kauf bezogen und auch später nicht weit über die Gränzen dieses Contracts ausgedehnt sind.

Außer der ausdrücklich übernommenen Verpflichtung, gewisse Eigenschaften zu prästiren, kommt bei dem Kaufcontract noch eine durch das Aedilicische Edict eingeführte Verpflichtung vor, welche sich gleichfalls auf die Qualität der zu leistenden Sache bezieht.

Die zuletzt gedachte Verpflichtung steht jedoch mit unserer Lehre in keiner unmittelbaren Verbindung. Dieselbe geht nämlich nicht auf die Prästation einer bestimmten Qualität, sondern nur auf das Anzeigen gewisser Fehler, falls diese sich an der verkauften Sache finden. [6]) Eine solche Anzeige kann aber nie als eine unmögliche Leistung betrachtet werden.

Aus dem Inhalt der von den Aedilen auferlegten Verpflichtung erklären sich auch die Wirkungen der Nichterfüllung derselben, ohne daß hierbei von einer Unmöglichkeit die Rede wäre. Der Verkäufer muß dem Käufer das Interesse prästiren, welches dieser daran hatte,

---

6) Vergl. Herm. Keller in Sell's Jahrbüchern III. Abh. 4. S. 118. — Wäre die von den Aedilen dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung direct darauf gegangen, die Sache ohne Mängel zu prästiren, so würde der Verkäufer ohne Zweifel immer verpflichtet gewesen sein, dem Käufer das Interesse zu leisten, welches derselbe daran hatte, daß die Sache ohne Fehler geleistet wäre. Siehe oben S. 104 ff.

daß die Anzeige nicht unterlassen wäre. [7]) Nur dann, wenn der Verkäufer in dolo war, tritt eine abweichende Behandlung ein, welche aber nicht im Edict, sondern schon im Civilrecht ihren Grund hat, indem der dolose Verkäufer zur Erstattung des Interesse verpflichtet ist, welches der Käufer daran hatte, daß ihm die Sache ohne die fraglichen Mängel geliefert wäre. [8])

Die Wirkungen, welche die Nichtbeobachtung der Aedilicischen Vorschriften nach sich zieht, haben nur insofern ein Interesse für uns, als sie in den wesentlichsten Punkten mit den Wirkungen übereinstimmen, welche dem vorigen §. zufolge der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung bei dem Kaufcontract beizulegen sind. [9]) Ist es nun aber

---

7) Von einem solchen Interesse kann nicht die Rede sein, wenn der Käufer diejenige Kunde von den Mängeln, welche ihm durch die Anzeige verschafft werden soll, auf anderem Wege erlangt hat; und diesem Fall wird es gleichgestellt, wenn der Irrthum des Käufers kein entschuldbarer war, L. 14 §. 10. D. de Aed. Ed. (21. 1). — Kannte der Käufer die Mängel nicht, so hat er nach dem Edict der Aedilen die Wahl, ob er mit der actio quanto minoris auf eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises oder mit der actio redhibitoria auf die Aufhebung des ganzen Geschäfts mit allen seinen Folgen klagen will. Darin besteht aber eben das oben bezeichnete Interesse; denn wenn der Käufer die Mängel gekannt hätte, würde er den Kauf entweder gar nicht oder doch nur zu einem niedrigeren Preise abgeschlossen haben.

8) L. 13 pr. §§. 1. 2. D. de act. empti (19. 1). Der Gegenstand, auf welchen der Käufer seine Entschädigungsklage richten kann, wird bezeichnet durch die Worte: „quanti emptoris interfuit, non decipi." Wie wir oben (S. 124) gesehen haben, können diese Worte sich allerdings ebensowohl auf das Interesse beziehen, welches der Käufer daran hatte, nicht über die fraglichen Mängel getäuscht zu sein, als auf das Interesse in der im Text angegebenen Bedeutung. Das Interesse in dem zuerst erwähnten Sinn würde aber, falls der Käufer den Handel bestehen läßt, nur in einer Reduction des Kaufpreises bestehen, während das nach der L. 13 cit. dem Käufer zukommende Interesse darüber hinausgeht. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß hier das Interesse, welches der Käufer daran hatte, daß ihm die Sache ohne Mängel geliefert wäre, gemeint ist, dasselbe, welches in L. 13 pr. cit. auch durch die Worte: „quod interfuit idonee venisse," bezeichnet wird.

9) Die hauptsächlichsten Unterschiede zwischen den Wirkungen des Edicts und den im vorigen §. entwickelten Folgen der theilweisen Unmöglichkeit bestehen, abgesehen von den Verjährungsfristen, darin, daß nach dem Edict eine Nichtigkeit des Contracts nie angenommen, und daß hier eine den Bestimmungen der L. 57. D. de contr. empt. analoge Unterscheidung zwischen bedeutenderen und unbedeutenderen Mängeln nicht gemacht wird. Das Erste erklärt sich daraus, daß es sich eben nur um die Erfüllung oder Nichterfüllung der auf Anzeige der Mängel gerichteten Obligation handelt; das Zweite beruht allerdings auf

gewiß, daß die ersteren sich daraus erklären, daß der Käufer in die Lage versetzt werden soll, in der er gewesen wäre, wenn er die Mängel gekannt hätte, so wird dadurch dasjenige, was wir in dem vorigen §. zur Erklärung der Wirkungen der theilweisen Unmöglichkeit bemerkt haben, wesentlich unterstützt. 10)

Nach dem eben Ausgeführten kommt hier nur die ausdrücklich übernommene Verpflichtung zur Prästation gewisser Eigenschaften in Betracht.

Die versprochene Qualität kann so wesentlich sein, daß die verkaufte Sache, je nachdem sie diese Qualität hat oder nicht hat, nach den im Verkehr herrschenden Begriffen zu verschiedenen Arten von Sachen zu rechnen ist. 11) Alsdann ist der Kauf nichtig, sofern der Käufer nicht wußte, daß der Sache die versprochene Eigenschaft abgehe. Diese Nichtigkeit erklärt sich aber nicht sowohl aus der Unmöglichkeit der Leistung, als vielmehr daraus, daß in diesem Fall ein wesentlicher Irrthum angenommen wird. Die Nichtigkeit tritt nämlich auch dann ein, wenn über die Qualität von den Contrahenten gar nichts bestimmt ist, der Käufer aber irrthümlich das Vorhandensein einer solchen Qualität annahm. 12) Dagegen ist der Contract gültig,

---

einer positiven Vorschrift der Aedilen, welche den Käufer dadurch in eine günstigere Lage versetzten; die Vorschrift erscheint jedoch im Allgemeinen dadurch gerechtfertigt, daß das Edict sich nur auf die bedeutenderen Mängel bezieht. Ein anderer Unterschied, welcher darauf beruht, daß hier eine durch das Gesetz ausdrücklich eingeführte Verpflichtung zur Anzeige der Mängel vorliegt, besteht darin, daß die actio redhibitoria, ohne Rücksicht darauf, ob dem Verkäufer eine Verschuldung zur Last fällt oder nicht, immer zugleich auf Erstattung desjenigen Schadens gerichtet ist, welchen die Abschließung des Contracts für den Käufer gehabt hat.

10) Die oben erwähnte Verwandtschaft der Bestimmungen rechtfertigt auch, daß wir im vorigen §. mehrere auf das Aedilicische Edict sich beziehende Entscheidungen benutzt haben.

11) In der oben angegebenen Weise setzt v. Savigny, System III. S. 283 den Begriff fest, um die Gränzen des s. g. error in substantia zu bestimmen.

12) Vergl. besonders v. Savigny, System III. §§. 137. 138. — Ein Anspruch des Käufers auf das Interesse, welches er daran hatte, nicht über die Qualität getäuscht zu sein, wird nur dann angenommen werden können, wenn dem Verkäufer ein dolus oder eine culpa lata zur Last fällt. Da es an besonde-

wenn der Käufer wußte, daß die Sache die fragliche Beschaffenheit nicht habe; es tritt hier ganz dieselbe Behandlung ein, wie in dem sogleich folgenden Fall. [13])

Sind die versprochenen Eigenschaften minder wesentlich, so tritt eine Nichtigkeit des Contracts nie ein. Wußte der Käufer, daß die Sache die versprochenen Eigenschaften nicht habe, oder befand er sich in einem nicht entschuldbaren Irrthum darüber, so fragt es sich, ob der Mangel, welchen der Käufer kannte oder hätte kennen müssen, ein solcher ist, daß das Versprechen nur auf diesen bezogen werden kann, oder ob es sich auch auf die Abwesenheit anderer Mängel beziehen läßt. Im letzteren Fall wird das Versprechen so interpretirt, daß die Eigenschaft, insoweit sie noch neben dem, dem Käufer bekannten Mangel bestehen kann, zu präſtiren ist. [14]) Ist eine solche Auslegung nicht möglich, so kann der Käufer einen Anspruch aus dem ihm geleisteten Versprechen durch die actio ex empto nicht geltend machen, da dem Verkäufer gegen diese Klage die exceptio doli zusteht. [15]) Dagegen

---

ren Entscheidungen über diese Frage fehlt, so müssen die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung kommen; v. Savigny a. a. O. §. 138 Note d. — Ganz consequent scheint dies nicht, da bei dem Versprechen minder wesentlicher Eigenschaften der Käufer, wenn er von dem Vertrage zurücktreten will, durch Anstellung der actio redhibitoria zugleich auch das eben erwähnte Interesse erlangen kann. Doch ist allerdings zu beachten, daß diejenigen Fälle des Versprechens von Eigenschaften, welche unter das Edict gehören, die bei Weitem am häufigsten vorkommenden und deshalb praktisch die wichtigsten sind. — Daß eine analoge Benutzung der zur Frage stehenden Bestimmung des Edicts für unsern Fall nicht zulässig ist, versteht sich wegen der durchaus verschiedenen juristischen Behandlung dieses Falles von selbst.

13) Die Behandlung ist also, falls der Käufer die Unmöglichkeit kannte, eine ganz andere, als in dem, in dem vorigen §. erörterten, in gewisser Beziehung ähnlichen Fall, wenn das verkaufte Haus bis auf den Erdboden abgebrannt ist. Der Grund ist folgender. In dem letzteren Fall ist die Sache, welche zum Gegenstande des Contracts gemacht ist, ihren wesentlichen Bestandtheilen nach wirklich nicht vorhanden. In den Fällen des s. g. error in substantia wird es nur so angesehen, als ob die in der That vorhandene Sache nicht die zum Gegenstande der Obligation gemachte sei; die besondere Behandlung, welche hier eintritt, beruht gewissermaßen auf einer Fiction, deren Zulässigkeit durch einen Irrthum des Käufers bedingt ist.

14) Hat also der Verkäufer versprochen, daß der verkaufte, dem Käufer als blind bekannte Sclave gesund sei, so wird das Versprechen so interpretirt, als ob im Uebrigen, abgesehen von der Blindheit, die Gesundheit des Sclaven versprochen sei; L. 43 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1).

15) L. 4 §. 5. D. de doli except. (44. 4). L. 45. D. de contr. empt. (18. 1).

kann der Käufer, wenn eine Stipulation wegen der Qualität abgeschlossen ist, mit der **actio ex stipulatu** die für den Fall der Mangelhaftigkeit der Sache versprochene Conventionalstrafe — und als solche ist auch das versprochene Interesse anzusehen — verlangen, vorausgesetzt natürlich, daß er nicht dolose den Verkäufer zur Abschließung der Stipulation verleitet hat.[16])

War es dem Käufer unbekannt, daß der Sache die versprochene Eigenschaft fehle, so steht ihm immer die **actio empti** zu, und zwar geht diese, wenn der Verkäufer **in dolo** war, nach der Wahl des Käufers auf Aufhebung des Geschäfts mit allen seinen Folgen oder auf das Interesse, welches der Käufer daran hatte, daß die Sache die fragliche Eigenschaft gehabt hätte. Dies ist um so weniger zu bezweifeln, als es den in dem vorigen §. entwickelten Grundsätzen durchaus entspricht, und als namentlich ein Gleiches schon dann gilt, wenn der Käufer einen Mangel der verkauften Sache, ohne ein auf das Nichtvorhandensein dieses Mangels gerichtetes Versprechen geleistet zu haben, dolose verschwiegen hat.[17])

Die bisherigen Bestimmungen enthalten nichts, was nicht ebensowohl gilt, wenn die Leistung, um welche es sich handelt, eine mögliche ist, z. B. beim Verkauf einer fremden Sache (vergl. S. **17**, bes. Note **26**). Die Wirkungen der theilweisen Unmöglichkeit treten aber, wie aus dem vorigen §. hervorgeht, besonders dann hervor, wenn

---

L. 9. C. de act. empt. (4. 49); vergl. auch L. 48 §. 4. D. de Aed. Ed. (21. 1).

16) Vergl. L. 4 §. 5. D. de doli except. (44. 4) und Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 266. Eine solche dolose Verleitung des Verkäufers zur Eingehung der Verpflichtung wird freilich in der Regel anzunehmen sein, wenn derselbe den Mangel nicht gekannt hat.

17) Ausdrücklich anerkannt ist der Satz in L. 45. D. de contr. empt. (18. 1). Wenn dessenungeachtet in mehreren Stellen, nämlich in L. 13 §. 4. D. de act. empti (19. 1), Paulus, R. S. II. tit. 17 §. 6 und L. 9. C. de act. empti (4. 49) der Gegenstand der actio empti ähnlich, wie das Object der actio quanto minoris, bezeichnet wird, so dürfte dies daraus sich erklären, daß das Interesse in vielen Fällen nur in der Werthsdifferenz bestehen wird; s. Unterholzner im Archiv f. civ. Pr. VI. S. 82 Note 45. Besonders einleuchtend ist dies im Fall der L. 9. C. cit. — Für die gedachte Interpretation spricht namentlich auch der Umstand, daß die L. 13 §. 4 cit. sonst den Entscheidungen im princ. und den vorhergehenden §§. derselben Stelle widersprechen würde.

keinem der Contrahenten die Unmöglichkeit bekannt war. Die Betrachtung dieses Falls ist deshalb besonders wichtig.

Hier steht nun so viel fest, daß der Käufer, welcher nicht wußte, daß der zu leistenden Sache die zugesagte Eigenschaft fehle, nach den Bestimmungen des Aedilicischen Edicts immer das Recht hat, mit der **actio redhibitoria** die Aufhebung des Contracts zu verlangen. Dieses Recht ist nicht davon abhängig gemacht, daß die zugesagte Eigenschaft eine solche sei, daß ihr Vorhandensein oder Fehlen in erheblicherem Maße auf die Brauchbarkeit und den Werth der zu leistenden Sache einwirkt. 18) Ferner kann der Käufer, wenn er die **actio redhibitoria** anstellt, immer zugleich die Erstattung des Schadens verlangen, welchen er dadurch erlitten hat, daß überall ein Contract zu Stande gekommen ist; dies gilt auch dann, wenn dem Verkäufer ein **dolus** oder eine **culpa lata** nicht zur Last fällt. 19) Der Käufer ist also, wenn es sich um eine zugesagte Eigenschaft handelt, günstiger gestellt, als in den sonstigen Fällen einer theilweisen Unmöglichkeit; die angegebenen Vortheile werden auch durch die kürzeren Verjährungsfristen nicht aufgewogen.

Durch die **actio redhibitoria** ist der Käufer immer vor Schaden gesichert; er ist jedoch nicht an diese Klage gebunden, sondern kann nach seiner freien Wahl statt derselben die **actio empti** anstellen,

---

18) Dies ist ohne Zweifel so festgesetzt, um eine einfache, auf alle Fälle gleichmäßig sich beziehende gesetzliche Vorschrift möglich zu machen. Zugleich mag die Rücksicht von Einfluß gewesen sein, daß hier, wo eine ausdrückliche Nebenbestimmung über die Eigenschaft in den Vertrag aufgenommen ist, in der Regel ein größeres Interesse des Käufers an dem Vorhandensein derselben angenommen werden kann. Siehe oben auch S. 175.

19) Die actio redhibitoria geht darauf, daß Alles in die Lage gebracht werde, wie wenn gar kein Contract abgeschlossen wäre; es wird dem Käufer also auch der durch die Abschließung des Contracts ihm verursachte Schaden erstattet, L. 23 §§. 1. 7. L. 60. D. de Aed. Ed. (21. 1). Wenn Glück, Pandekten XX. S. 86 ff. aus L. 23 §. 8. L. 31 pr. L. 58 pr. §. 1. D. eod. den Schluß zieht, daß der Verkäufer sich von der Verpflichtung zur Erstattung alles ferneren Schadens befreien könne, wenn er dem Käufer die verkaufte Sache überlasse und den Kaufpreis restituire, so ist dies irrig. Die angeführten Stellen beziehen sich lediglich auf die noxae datio verkaufter Sclaven, durch welche der Verkäufer sich von der Verpflichtung, den durch Delicte dieser Sclaven entstandenen Schaden zu ersetzen, befreien konnte. Die Entscheidungen der citirten Stellen lassen so wenig eine Ausdehnung auf andere Fälle zu, wie die Vorschriften über die noxae datio selbst.

wenn er es vorzieht, den Kauf bestehen zu lassen. Es fragt sich aber, auf welches Object die letztere Klage geht, wenn sie gegen einen Verkäufer angestellt wird, der die Eigenschaft in gutem Glauben zugesagt hat; — ob nämlich die **actio empti** in diesem Fall nur auf eine verhältnißmäßige Reduction der Gegenleistung zuzulassen ist, oder ob sie hier, wie in dem Fall eines **dolus** des Verkäufers, auf dasjenige Interesse gerichtet ist, welches der Käufer an der Erfüllung des Nebenvertrages über die Qualität hatte.

Die römischen Juristen sind in dieser Beziehung verschiedener Ansicht gewesen. Während die älteren Juristen, insonderheit Labeo, eine Klage auf das Interesse in allen Fällen zuließen, in welchen die zugesagte Qualität nicht prästirt war, wurde von einigen späteren Juristen, namentlich von Julian, die **actio empti** gegen denjenigen Verkäufer, welcher eine Eigenschaft in gutem Glauben zugesagt hatte, nur auf eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises zugelassen.

Welche dieser Ansichten wir als die von Justinian recipirte zu betrachten haben, ist überaus zweifelhaft, da es nach einigen, in den Pandekten uns aufbehaltenen Fragmenten scheint, als ob die späteren römischen Juristen sich der Ansicht des Labeo wieder zugewendet haben, derzufolge der Nebenvertrag über die Qualität der verkauften Sache als vollständig wirksam betrachtet, die etwaige Unmöglichkeit der Leistung also in diesem Fall nicht berücksichtigt wird. Meines Erachtens wird man jedoch annehmen müssen, daß die Ansicht des Julian, welche zugleich den in dem vorigen §. erörterten Bestimmungen über die theilweise Unmöglichkeit entspricht, in der Compilation gebilligt ist.

Die Stelle, auf welche diese Annahme sich stützt, und welche überdies unter allen Entscheidungen der Quellen unsere Frage am bestimmtesten beantwortet, ist:

> **L. 45. D.** ***de contr. empt.*** **(18. 1).** ***Marcian.*** **l. 4. Regular.** **„Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit: quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait,** ***si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit:*** **quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.“**

Die Worte: **„si vestimenta interpola quis pro novis eme-**

rit“ lassen an sich keinen Schluß darauf zu, daß eine ausdrückliche Vereinbarung über die zur Frage stehende Eigenschaft getroffen sei. Nach dem, was über die Ausdehnung des Aedilicischen Edicts uns bekannt ist, können wir aber nicht annehmen, daß dieses auch die Anzeige eines solchen Mangels, wie des hier erwähnten, verlangt habe. Dazu kommt namentlich noch, daß die Entscheidung des zweiten Falles in der **L. 45 cit.** ohne die Annahme eines ausdrücklichen Versprechens, die hier überdies durch die Worte: **„aurum quod vendidit,“** in noch höherem Grade gerechtfertigt wird, völlig unerklärlich ist, indem hier von einem Mangel, der zur Anzeige verpflichtete, jedenfalls nicht die Rede sein kann. Die Entscheidung dieses zweiten Beispiels schließt sich aber, wie wir sogleich sehen werden, in einer solchen Weise an die Entscheidung des ersten Beispiels an, daß wir genöthigt sind, für beide in der angegebenen Beziehung dieselben factischen Voraussetzungen anzunehmen. [20])

Für die Erklärung der **L. 45 cit.** ist es wichtig, zu beachten, daß die Worte: **quam sententiam** bis **quod ex eo contingit,** eine von Marcian eingeschobene Parenthese bilden, [21]) so daß die letzten, auf metallene Gefäße sich beziehenden Worte der Stelle als eine Anwendung des im Eingang derselben von Labeo aufgestellten Satzes erscheinen. — Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß den verschiedenen Ausdrücken, durch welche der Gegenstand der Verpflichtung des Verkäufers im Anfang und am Ende der **L. 45 cit.** bezeichnet wird, dieselbe Bedeutung beigelegt werden muß.

In Beziehung auf das zweite Beispiel heißt es nun: der Verkäufer hafte, daß er das Gefäß als ein goldenes, wie er es verkauft habe (**aurum, quod vendidit**), leiste. Seine Verpflichtung geht also, trotz der Unmöglichkeit der Leistung, auf dasjenige, was er versprochen hat, d. h. er muß den Käufer in die Lage versetzen, in welcher derselbe sich befunden hätte, wenn das verkaufte Gefäß wirklich von Gold gewesen wäre. [22]) Das Recht des Käufers ist solchemnach nicht dar-

20) Vergl. darüber besonders v. Savigny, System III. §. 137 Note s.

21) v. Savigny a. a. O. §. 138 Note h. Es ergiebt sich dies theils aus der Construction der Stelle, theils daraus, daß Julian in Beziehung auf das zweite Beispiel anderer Meinung war; L. 41 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1).

22) Vergl. über dieses zweite Beispiel v. Savigny a. a. O. S. 296 ff. Daß die Entscheidung desselben mit den in der Compilation recipirten Grundsätzen über den s. g. error in substantia in Widerspruch steht, kommt für die Erklärung des ersten Theils der Stelle nicht in Betracht.

auf beschränkt, nur eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises zu verlangen.

Gilt dieses aber in Beziehung auf das zweite Beispiel, so müssen wir annehmen, daß auch für das erste Beispiel, dem das zweite gleichgestellt wird, die Ansicht des Labeo dahin gegangen sei, daß der Verkäufer selbst dann, wenn er von der contractswidrigen Beschaffenheit der verkauften Sache nichts gewußt habe, den durch Nichterfüllung des Nebenvertrages dem Käufer verursachten Schaden vollständig ersetzen müsse. Dafür spricht auch der Ausdruck: **quod interest**, welcher in den Quellen nirgends für eine bloße Reduction der Gegenleistung gebraucht wird. [23])

Die so eben entwickelte Ansicht des Labeo und Trebatius wird in den von Marcian eingeschalteten Worten scheinbar bestätigt, in der That aber auf den Fall beschränkt, wenn der Verkäufer **in dolo** war. Sofern der Verkäufer nämlich selbst die wahre Eigenschaft der Kleider nicht kannte, soll er nach der Ansicht des Julian nur „**ipsius rei nomine teneri.**" [24]) Diese Worte bilden aber den Gegensatz gegen das „**damnum, quod ex eo contingit,**" und können, wie insonderheit die Vergleichung mit **L. 13 pr. D. de act. empti (19. 1)** lehrt, nicht anders verstanden werden, als daß die Klage in diesem Fall nur auf eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises gerichtet sei.

Die **L. 45. D. de contr. empt.** ist um so wichtiger, als in ihr der entgegengesetzten Ansicht gedacht, und diese ausdrücklich für den Fall der irrthümlichen Zusicherung einer fehlenden Qualität ausgeschlossen wird. Soll dessenungeachtet diese Stelle nicht entscheidend sein, so bedarf es sehr erheblicher entgegenstehender Argumente.

Ein solches Argument kann man in der **L. 6 §. 4. D. de act. empti (19. 1)** nicht finden. In dieser Stelle, welche von dem Verkauf eines, zur Aufbewahrung von Flüssigkeiten bestimmten, schadhaften Gefäßes handelt, wird freilich als allgemein gebilligte Ansicht aufgestellt, daß derjenige, welcher die Integrität des Gefäßes versprochen, ohne Rücksicht darauf, ob er die Schadhaftigkeit kannte, dem Käufer das volle Interesse zu prästiren habe. Bei dem Verkauf schadhafter

---

23) Daß Labeo in der That der im Text ihm zugeschriebenen Meinung gewesen ist, wird auch durch die L. 6 §. 4. D. de act. empti (19. 1), von welcher unten noch die Rede sein wird, bestätigt.

24) Ob dies auch die Ansicht des Pomponius gewesen, läßt sich nach den Worten der L. 45 cit. nicht mit Bestimmtheit entscheiden. Nach der in der vorigen Note citirten L. 6 §. 4. D. de act. empti ist es allerdings zweifelhaft.

Gefäße tritt aber insofern eine exceptionelle Behandlung ein, als der Verkäufer nach der von Pomponius gebilligten Ansicht des Labeo selbst dann zur Erstattung des durch die Schadhaftigkeit des Gefäßes verursachten Schadens verpflichtet ist, wenn er den Mangel nicht gekannt und auch die Integrität nicht ausdrücklich versprochen hat. [25])

Die Entscheidung, daß im Fall des Versprechens der Integrität immer das Interesse zu prästiren sei, wird nun freilich nicht aus dieser besonderen Beschaffenheit des Falles abgeleitet; dieselbe wurde vielmehr unserer Stelle zufolge, wie es scheint, selbst von denjenigen Juristen angenommen, welche der gedachten besonderen Beschaffenheit keinen Einfluß auf die Entscheidung des Falles gestatteten, wenn die Integrität des Gefäßes nicht ausdrücklich zugesichert war. Im Sinne der Compilation müssen wir aber die Entscheidung der L. 6 §. 4. D. de act. empti auf den in derselben erörterten singulären Fall beschränken, da die L. 45. D. de contr. empt. der Ansicht des Labeo, auf welche die L. 6 §. 4 cit. sich stützt, ausdrücklich die allgemeine Geltung abspricht. Nur dann könnte eine andere Auslegung gerechtfertigt sein, wenn durch sonstige Stellen die Ansicht, daß das Versprechen einer Qualität immer zur Leistung des Interesse verpflichte, als von Justinian recipirt nachgewiesen werden könnte.

Die Stellen, welche in dieser Beziehung in Betracht kommen können, sind namentlich die L. 13 §. 3. D. de act. empti (19. 1) und die L. 31 §. 1. D. de Aed. Ed. (21. 1), welche den Ulpian zum Verfasser haben, so wie die L. 21 §. 2. D. de act. empti, welche von Paulus herrührt.

Die Worte der ersten Stelle lauten folgendergestalt:

> „Quid tamen, si ignoravit quidem (venditor servi) furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex empto teneatur? Et putem teneri. Atqui ignoravit: *sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare.* Inter hunc igitur et (qui scit,

---

25) Herm. Keller in Sell's Jahrbüchern III. S. 116 ff. S. 363 ist der Ansicht, daß in der L. 6 §. 4. D. de act. empti nur im Allgemeinen die Anwendung der Aedilicischen Klagen (also für den Fall der Unkunde des Verkäufers die Anwendung der actio quanto minoris) auf den Verkauf von schadhaften Gefäßen ausgesprochen sei. Dem widerspricht aber der Zusammenhang der Stelle, so wie die Hinweisung auf das für dolia locata geltende gleiche Recht; vergl. L. 19 §. 1. D. locati (19. 2).

interest:) qui scit, praemonere debuit, furem esse, *hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*“

Das Object der actio ex empto wird nicht ausdrücklich bezeichnet; der für die Haftung ex empto angeführte Grund paßt aber freilich im Ganzen besser zur Motivirung einer auf Erfüllung des Versprechens oder auf das Interesse wegen Nichterfüllung gerichteten Klage, als zur Motivirung einer Klage auf verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises, d. h. auf theilweise Rückgängigmachung des Contracts. Ein entscheidendes Gewicht können wir jedoch auf diese Stelle nicht legen, da dieselbe nach dem Zusammenhang sich auch anders verstehen läßt.

In dem vorhergehenden Theil der L. 13. D. de act. empti behandelt Ulpian nämlich die Frage, in welcher Weise der Verkäufer, welcher kein besonderes Versprechen in Betreff der Qualität geleistet hat, hafte; er führt bei dieser Gelegenheit im §. 1 der L. 13 cit. an, daß derjenige, welcher einen fur verkauft habe, nicht anders hafte, als wenn er diese Eigenschaft des verkauften Sclaven wissentlich verschwiegen habe. Halten wir nun hiermit die Entscheidung des oben abgedruckten §. 3 zusammen, so lassen sich die Worte: „non debuit facile, quae ignorabat, adseverare,“ so wie die Schlußworte der Stelle auch in der Weise verstehen, daß dadurch nichts weiter, als die Zulassung einer Klage ungeachtet der Unkunde des Verkäufers und, obgleich der in Frage stehende Fehler an sich nicht unter das Aedilicische Edict gehört, hat motivirt werden sollen. Im Zweifel werden wir aber — wenigstens im Sinne des Justinianischen Rechts — derjenigen Erklärung den Vorzug geben müssen, durch welche ein Widerspruch zwischen den einzelnen in die Sammlung aufgenommenen Fragmenten vermieden wird.

Derselbe Fall, wie in der eben erklärten Stelle, wird in der L. 31 §. 1. D. de Aed. Ed. behandelt. Da auch hier das Object der Klage nicht bezeichnet ist, so läßt sich in Betreff dieser Stelle dieselbe Erklärung, wie in Betreff der eben erwähnten, zur Anwendung bringen. [26]) Was hier besonders Bedenken erregt, ist die Zusammenstel-

---

26) Die Worte: „tenetur ex sua promissione“ würden, wenn man sie strict interpretirt, allerdings von einem Haften auf Erfüllung des Versprechens zu verstehen sein; doch lassen sie sich auch so erklären, daß nur im Allgemeinen die Zulässigkeit einer Klage in Folge des Versprechens dadurch hat ausgesprochen werden sollen.

lung der einfachen Vereinbarung über die Qualität mit der darauf gerichteten Stipulation, welche, wie wir oben gesehen haben, immer eine Klage auf das Interesse begründete. Auf eine solche Zusammenstellung allein läßt sich aber kein so sicherer Schluß gründen, daß dadurch die ausdrückliche Bestimmung der **L. 45. D. de contr. empt.** entkräftet werden könnte.

Schwieriger, als die so eben erwähnten Stellen, ist in mancher Beziehung die:

L. 21 §. 2. D. *de act. empti* **(19. 1).** *Paul.* **l. 33 ad Ed.**

„Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem *dissentiamus*, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest (emptoris, se) non esse deceptum: *et si venditor quoque nesciat,* veluti si mensas, quasi citreas emat, quae non sunt."

Die Beweiskraft dieser Stelle beruht darauf, daß die Lesart: **emptionem esse** die richtige sei, und daß in dem in der Stelle entschiedenen Fall eine ausdrückliche Verabredung in Ansehung der Qualität getroffen sei. Das Erstere steht freilich nicht ganz fest; außer der Auctorität der Florentina sprechen aber auch die inneren Gründe für die angegebene Lesart. [27]) Dagegen läßt sich ein erheblicher Zweifel gegen die Richtigkeit der zweiten Voraussetzung erheben. Nach den Worten der **L. 21 §. 2 cit.** müssen wir sogar das Gegentheil annehmen, indem, wie Windscheid [28]) meiner Meinung nach mit Recht bemerkt, von einem Dissens der Contrahenten über die Qualität nicht die Rede sein kann, wenn diese durch eine ausdrückliche Vereinbarung festgestellt ist. [29]) Wie damit die Entscheidung zu vereinigen ist, daß der Verkäufer, auch wenn er seinerseits in einem Irrthum sich befunden habe, zur Entschädigung verpflichtet sei, ist eine sehr schwierige Frage; [30]) jedenfalls dürfte aber so viel feststehen, daß auf die

---

27) Vergl. besonders v. Savigny, System III. S. 287 ff.

28) Die Lehre von der Voraussetzung, S. 117.

29) v. Savigny a. a. O. S. 289 ist der entgegengesetzten Ansicht, weil die Entscheidung der Stelle sich sonst nicht erklären läßt. Die Worte: „de qualitate autem dissentiamus" dürften sich aber schwerlich mit dieser Ansicht vereinigen lassen.

30) Es ist durchaus unglaublich, daß irgend ein römischer Jurist angenommen haben sollte, daß der Verkäufer, ohne daß er ein Versprechen ertheilt oder eines dolus (culpa lata) sich schuldig gemacht habe, bloß deshalb, weil der Käufer in seinen Gedanken der Sache irrthümlich eine Qualität beigelegt hat, welche

L. 21 §. 2 cit. kein Argument gegen die von uns aufgestellte Ansicht gegründet werden kann.

Wenn wir die im Obigen angeführten Stellen des Ulpian unbefangen betrachten, so müssen wir es als nicht eben unwahrscheinlich zugeben, daß Ulpian ebenso, wie früher Labeo, im Fall der Nichterfüllung einer Vereinbarung über die Qualität der verkauften Sache den Verkäufer immer verpflichtet gehalten hat, das Interesse zu leisten. Völlig fest steht dies aber keineswegs, und zum Mindesten finden wir die gedachte Ansicht in den uns vorliegenden Stellen nicht mit solcher Bestimmtheit ausgesprochen, daß wir deshalb die klare Entscheidung der **L. 45. D. de contr. empt.** bei Seite setzen könnten.

Das Resultat, zu welchem wir gelangen, ist also, daß die theilweise Unmöglichkeit in Beziehung auf die Qualität in ganz ähnlicher Weise, wie die in dem vorigen §. erörterten Arten der theilweisen Unmöglichkeit, behandelt wird. Der Käufer kann nur dann, wenn der Verkäufer es wußte, daß die zugesagte Qualität nicht präftirt werden könne, das Interesse in Anspruch nehmen, welches er an der Erfüllung des Nebenvertrages über die Qualität hatte. Befand sich der Verkäufer dagegen in gutem Glauben, so steht dem Käufer, falls er es nicht vorzieht, mittelst der **actio redhibitoria** eine Aufhebung des Contracts mit allen seinen Folgen herbeizuführen, nur das Recht zu, eine verhältnißmäßige Reduction der Gegenleistung zu verlangen.[31])

---

ihr abgeht, verpflichtet sei, dem Käufer eine Entschädigung zu leisten. Nur für die Fälle, in welchen der Mangel unter das Aedilicische Edict gehört, ist eine Ausnahme gemacht; der Umstand, daß ein Tisch nicht aus Citronenholz angefertigt ist, gehört aber selbstverständlich nicht zu den Mängeln, auf welche das Edict der Aedilen, selbst in seiner weitesten Ausdehnung, sich bezieht. Die Schwierigkeit wird also auch dadurch nicht gehoben, daß man für den Fall eines Irrthums des Verkäufers die Minderung des Kaufpreises als alleiniges Object der Klage ansieht. Eben so wenig würde es helfen, wenn man die Lesart: „emptionem non esse" annehmen wollte; die Schwierigkeit bleibt durchaus dieselbe. — Meines Erachtens bleibt uns nichts übrig, als anzunehmen, daß die L. 21 §. 2 cit. corrumpirt ist, vielleicht durch unvorsichtige Aenderungen, welche bei der Aufnahme in die Pandekten mit ihr vorgenommen sind.

31) Gegen diese Ansicht kann man sich auch auf diejenigen Stellen nicht berufen, welche im Fall einer Stipulation die Klage auf das Interesse allgemein zulassen. Es beruht dies, wie wir oben gesehen haben, auf einer besonderen Interpretation der Stipulation, in Ansehung deren es sich keineswegs von selbst versteht, daß sie auch bei dem einfachen Versprechen zur Anwendung gebracht sei. — Die Ansichten über unsere Frage sind übrigens sehr getheilt.

Dieser Regel sind jedoch noch einige nähere Bestimmungen beizufügen. Wenn auch das dem Kaufcontract hinzugefügte einfache Versprechen im Allgemeinen nicht in der Weise interpretirt wird, wie die Stipulation, so kann doch aus den besonderen Umständen des concreten Falls und namentlich aus dem Inhalt des Versprechens selbst hervorgehen, daß nach der Absicht der Contrahenten der Verkäufer eventuell zur Haftung auf das Interesse habe verpflichtet sein sollen. In solchen Fällen kann es keinem Bedenken unterliegen, die actio ex empto auf das Interesse gegen den Verkäufer auch dann zuzulassen, wenn er das Versprechen in gutem Glauben ertheilt hat. [32])

Ferner giebt es Fälle, in welchen das Nichtwissen des Verkäufers wegen dessen Unentschuldbarkeit dem Wissen gleichgestellt wird. In diesen Fällen haftet der Verkäufer, wie wenn er den Mangel der zugesagten Qualität gekannt hätte. Dies erklärt sich aus der im Civilrecht allgemein durchgeführten Gleichstellung der lata culpa und des dolus. Die Ausnahme ist also nur eine scheinbare; es wird aber in den Quellen eine Anwendung von diesem Grundsatz gemacht, welche an sich nicht unzweifelhaft und auch unter den römischen Juristen nicht unbestritten war. [33])

In dem vorigen §. betrachteten wir insonderheit auch den Fall,

---

32) Die L. 3. C. de Aed. act. (4. 58), welche nicht bloß auf eine Stipulation bezogen werden kann, steht daher nicht in Widerspruch mit der von uns aufgestellten Ansicht. Das in dieser Stelle erwähnte Versprechen, daß der verkaufte Sclave auch künftig nicht fliehen werde, läßt nicht wohl eine andere Auslegung zu, als die, daß der Verkäufer, falls eine Flucht dennoch erfolgen sollte, dem Käufer den dadurch verursachten Schaden ersetzen wolle. Von einem zur Zeit der Abschließung des Vertrages vorhandenen dolus kann hier in der Regel nicht die Rede sein, da der Verkäufer nicht wissen kann, was in der Zukunft sich ereignen wird.

33) Die Entscheidung der L. 6 §. 4. D. de act. empti (19. 1) dürfte nämlich daraus zu erklären sein, daß die römischen Juristen wegen der überaus großen Leichtigkeit, mit welcher eine Kunde über die etwaige Schadhaftigkeit eines zur Aufbewahrung von Flüssigkeiten dienenden Gefäßes erlangt werden kann, für diesen Fall im Zweifel eine Entschuldbarkeit des etwaigen Irrthums und somit auch eine Berücksichtigung desselben ausschlossen. Daß die Entscheidung der L. 6 §. 4 cit., wenn auch der Grundsatz, von welchem sie bei Beurtheilung der Wirkungen einer Vereinbarung über die Qualität verkaufter Sachen ausgeht, im Justinianischen Recht nicht anerkannt ist, doch in ihrer Beziehung auf den in ihr mitgetheilten Fall aufrechterhalten werden muß, ist oben be-

wenn eine Mehrheit von Sachen zum Gegenstande des Contracts gemacht ist. Die Grundsätze, welche dort aufgestellt wurden, entnahmen wir aus Entscheidungen, welche sich auf die Aedilicischen Klagen beziehen; es unterliegt daher keinem Zweifel, daß dieselben Bestimmungen auch hier zur Anwendung kommen müssen. Ob der Contract, falls der Käufer die actio redhibitoria anzustellen sich entschließt, in Betreff aller Sachen oder nur in Betreff derjenigen Sache, welcher die zugesagte Qualität abgeht, rückgängig gemacht werden kann, hängt von der Absicht ab, welche der Zusammenfassung der Sachen in einem und demselben Contract zu Grunde lag. [34])

Dieselben Grundsätze, wie für den Kaufcontract, gelten im Allgemeinen auch für den Tauschvertrag, indem die Bestimmungen des Aedilicischen Edicts auf diesen Vertrag ausgedehnt worden sind. [35]) Doch wird hier in der Regel eine verhältnißmäßige Reduction der Gegenleistung nicht verlangt, mithin im Fall einer Unkunde des Schuldners nur die actio redhibitoria angestellt werden können. [36])

Auf die Sachenmiethe sind die Bestimmungen des Aedilicischen Edicts nicht ausgedehnt worden. [37]) Es kommen hier daher die in dem vorigen §. für die Sachenmiethe aufgestellten Grundsätze ohne Modification zur Anwendung. Der Miether ist also, was die zur

---

reits bemerkt, und geht namentlich daraus hervor, daß für diesen Fall, auch ohne daß ein Versprechen über die Qualität ertheilt war, dasselbe galt.

34) Vergl. die in dem vorigen §. Note 23 angeführten Stellen.

35) L. 2. D. de rerum permut. (19. 4).

36) Aus dem ganz allgemein lautenden Ausspruch der Quellen, daß die Aedilicischen Bestimmungen auch bei dem Tausch zur Anwendung kommen, können wir nämlich, was die mit der actio quanto minoris erzwingbare Reduction der Gegenleistung betrifft, nichts weiter folgern, als daß hier ein Recht, die Reduction der Gegenleistung zu verlangen, dem Mitcontrahenten in denjenigen Fällen zusteht, in welchen die Beschaffenheit der Gegenleistung sich in solcher Weise dazu eignet, wie dies bei dem Kaufcontract immer der Fall ist. — Die hauptsächlichste Bedeutung, welche die Ausdehnung der Bestimmungen des Aedilicischen Edicts auf den Tauschvertrag hat, besteht in der Anerkennung der Verpflichtung zur Anzeige der verborgenen Mängel und in der Einräumung des Rechts auf die actio redhibitoria.

37) L. 63. D. de Aed. Ed. (21. 1).

Frage stehende Art der theilweisen Unmöglichkeit betrifft, minder günstig gestellt, als der Käufer. Wenn ihm auch den allgemeinen Regeln zufolge das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, in einem sehr weiten Umfange eingeräumt ist (S. 182), so steht es ihm doch nicht in allen Fällen zu; überdies kann der Miether, wenn er wegen nicht erfolgter Präſtation der bedungenen Qualität die Aufhebung des Vertrages verlangt, das Interesse, welches er daran hatte, daß von dem Miethvertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, nur dann in Anspruch nehmen, wenn der Vermiether sich eines **dolus** oder einer **culpa lata** schuldig gemacht hat.[38])

---

§. 19.

Theilweise Unmöglichkeit der Leistung. — In Beziehung auf die Zeit der Leistung.

Die Leistung ist an sich möglich; sie kann aber zu der Zeit, zu welcher sie nach den Bestimmungen der Obligation erfolgen sollte, nicht erfolgen, und zwar, wie hier immer vorausgesetzt wird, wegen eines Hindernisses, welches bereits zur Zeit der Begründung der Obligation eingetreten war. Auch diese Unmöglichkeit ist in der Regel nur als eine theilweise zu betrachten und nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.

Die zeitweilige Unmöglichkeit kann eine objective oder subjective sein.[1]) Wir betrachten zunächst die erstere, und unterscheiden hier, ob

---

38) Die L. 19 §. 1. D. locati (19. 2) gehört nicht hierher, weil in dem daselbst erörterten Fall die Qualität nicht zum Gegenstande des Vertrages gemacht war. In einem solchen Fall liegt dem Vermiether, wenn er sich nicht eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht hat, überhaupt keine Haftung ob; es werden aber, wenn, ohne daß eine derartige Verschuldung vorliegt, die Benutzung der Sache durch ihre mangelhafte Beschaffenheit vereitelt wird, die Grundsätze angewendet, welche für die nachfolgende, von keiner Seite verschuldete Unmöglichkeit der Benutzung gelten. Demgemäß verliert der Vermiether in dem zweiten Fall der L. 19 §. 1. D. cit. seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

1) Eine zeitweilige Unmöglichkeit, welche in den Verhältnissen des Gläubigers ihren Grund hat, wird als eine zur Zeit der Entstehung der Obligation bereits vorhandene nur selten vorkommen; vergl. oben §. 10.

die Obligation eine Bestimmung über die Zeit der Leistung enthält oder nicht.

In denjenigen Fällen, in welchen es an einer Bestimmung über die Zeit der Leistung fehlt, wird, insofern die Obligation perfect ist, als Regel angenommen, daß die sofortige Erfüllung verlangt werden kann. 2) Dies gilt jedoch nicht, wenn die Natur der bedungenen Leistung die sofortige Erfüllung unmöglich macht. Die zeitweilige Unmöglichkeit hat hier die Wirkung, daß ein späterer Zeitpunkt, nämlich derjenige, zu welchem die Leistung ihrer Natur nach erfolgen kann, als Erfüllungszeit angenommen wird.

Dies wird ausgedrückt durch den Satz: „**Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit.**“ 3)

Die römischen Juristen gehen davon aus, daß die Contrahenten in dem erwähnten Fall gar nicht an den augenblicklichen Zeitpunkt gedacht haben, indem sie dies vernünftigerweise nicht konnten, daß vielmehr die Zeit, mit welcher die Möglichkeit der Leistung eintritt, als die dem Willen der Contrahenten entsprechende Erfüllungszeit zu betrachten sei.

In den Quellen finden sich besonders zwei Anwendungen dieser Regel. Die erste bezieht sich auf den Fall, wenn die Leistung dem Vertrage zufolge nicht an dem Orte, wo derselbe abgeschlossen ist, sondern an einem anderen Orte vorgenommen werden soll; die Erfüllungszeit wird in diesem Fall so weit hinausgeschoben, als nöthig ist, um das in der Entfernung des Zahlungsortes liegende Hinderniß zu überwinden. 4) Die zweite Anwendung findet sich für den Fall, wenn die versprochene Leistung ihrer Natur nach eine längere Zeit zu ihrer Ausführung erfordert, z. B. der Bau eines Hauses; hier wird diejenige Zeit als die Erfüllungszeit angesehen, bis zu welcher die Leistung von einem fleißigen Arbeiter ausgeführt sein kann. 5) In beiden Fällen erfolgt die Festsetzung der Erfüllungszeit unter billiger Berücksichtigung der besonderen Umstände des concreten Falls. Es wird nämlich vor-

---

2) L. 14. D. de R. J. (50. 17). L. 41 §. 1. D. de V. O. (45. 1).

3) L. 186. D. de R. J. (50. 17). L. 73 pr. D. de V. O. (45. 1): „— — tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest.“

4) §. 5 init. I. de V. O. (3. 15). L. 2 §. 6 init. D. de eo, quod certo loco (13. 4). L. 41 §. 1. L. 60. L. 73 pr. L. 137 §. 2. D. de V. O. (45. 1). L. 24 init. D. de operis libert. (38. 1). L. 34 §. 1. D. de statuliberis (40. 7). L. 49 §. 2. D. de fidejuss. (46. 1).

5) L. 14. L. 73 pr. L. 137 §. 3. D. de V. O. (45. 1).

ausgesetzt, daß der Gläubiger dem Schuldner nichts Unbilliges zugemuthet habe, und deshalb nicht das äußerste Maaß der Anstrengung menschlicher Kräfte von dem Schuldner verlangt. [6])

In den angegebenen Fällen wird die Zeit der Erfüllung so festgesetzt, daß von einer Unmöglichkeit in Beziehung auf dieselbe nicht die Rede sein kann. Die Fälle haben jedoch die Eigenthümlichkeit, daß schon aus den Bestimmungen der Obligation selbst, diese ganz für sich betrachtet, die Unmöglichkeit sofortiger Leistung sich ergiebt, daß mithin diese Unmöglichkeit auch dem Gläubiger immer bekannt sein muß. Eben darauf gründet sich die Auslegung des Vertrages, welche zu einer Hinausschiebung der Erfüllungszeit führt.

Es können aber Fälle zeitweiliger objectiver Unmöglichkeit vorkommen, wo dies nicht zutrifft, z. B. wenn die Leistung einer für eine bestimmte Zeit dem Verkehr entzogenen Sache oder eines nicht am Erfüllungsorte befindlichen Gegenstandes versprochen ist, ohne daß bei Abschließung des Vertrages des der sofortigen Erfüllung entgegenstehenden Hindernisses gedacht ist. Hat trotzdem der Gläubiger das Hinderniß gekannt, oder ist es ein so offenkundiges, daß die etwaige Behauptung des Gläubigers, er habe es nicht gekannt, keine Berücksichtigung finden kann, so steht der oben gedachten Auslegung des Vertrages auch hier nichts entgegen; der Gläubiger kann die Leistung nicht früher erwartet haben, als bis das Hinderniß wirklich gehoben ist, oder die Beseitigung desselben, sofern diese durch Anwendung menschlicher Kräfte zu bewirken ist, erfolgt sein kann. [7]) Hat der Gläubiger aber keine Kunde von dem Hinderniß gehabt, so ist eine derartige Auslegung des Vertrages ausgeschlossen; es muß angenommen werden, daß die Obligation auf sofortige Erfüllung gerichtet ist.

---

6) L. 137 §§. 2. 3. D. de V. O. (45. 1).

7) Besteht das Hinderniß z. B. darin, daß die Sache sich nicht am Erfüllungsort befindet, so bestimmt sich die Zeit, zu welcher der Gläubiger seine Klage anstellen kann, nicht nach dem Augenblick, wo wirklich das Hinderniß gehoben ist, sondern nach der Zeit, welche nöthig ist, um die Sache an den Erfüllungsort zu transportiren. Ist zu dieser Zeit der Transport noch nicht bewerkstelligt, so ist zwar eine zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung noch vorhanden; dieselbe kann aber nicht als eine sogleich vorhandene betrachtet werden, vielmehr richtet sich die Frage, ob sie zu berücksichtigen ist, nach den Grundsätzen über die nachfolgende Unmöglichkeit, also danach, ob dem Debitor in Beziehung auf die verzögerte Herbeischaffung der Sache ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.

In diesem Fall kann also eine Unmöglichkeit in Beziehung auf die Zeit der Erfüllung vorkommen.

Daß diese Unmöglichkeit keine Nichtigkeit der Obligation zur Folge hat, ist schon aus allgemeinen Gründen anzunehmen; zudem finden wir den gedachten Satz auch in den Quellen anerkannt. [8]) Im Uebrigen geben dieselben über die praktische Behandlung derjenigen Unmöglichkeit, von welcher hier die Rede ist, keinen genügenden Aufschluß. Wir werden daher, so weit dies thunlich ist, die für die theilweise Unmöglichkeit im Allgemeinen geltenden Regeln zur Anwendung bringen müssen.

Bei gegenseitigen Obligationen wird es dem Gläubiger, welcher von dem Hinderniß keine Kunde hat, freistehen, von dem Vertrage zurückzutreten, insofern nicht zur Zeit, wo er seinen Entschluß erklärt, das Hinderniß bereits gehoben ist, oder dessen Entfernung in so unmittelbarer Aussicht steht, daß es dem Gläubiger an einem wesentlichen Interesse, worauf er sich stützen könnte, fehlt. Ob der Gläubiger, falls er von dem Geschäft zurücktritt, den durch Abschließung desselben ihm verursachten Schaden auch dann in Anspruch nehmen kann, wenn der Schuldner nicht **in dolo** war, hängt davon ab, wie man diese Frage in Beziehung auf die völlige Unmöglichkeit beantwortet. Der von uns aufgestellten Ansicht nach ist ein Entschädigungsanspruch des Gläubigers in diesem Fall nicht anzuerkennen.

Will der Gläubiger nicht von dem Vertrage zurücktreten, so wird er, falls der Schuldner sich keines **dolus** schuldig gemacht hat, auf die Leistung erst zu der Zeit klagen können, zu welcher das Hinderniß beseitigt sein kann. Eine Reduction der Gegenleistung wird in diesem Fall nicht wohl verlangt werden können, da die Gegenleistung zurückbehalten werden kann, bis die Leistung des andern Theiles erfolgt ist. — War dagegen der Schuldner **in dolo**, so kann der Gläubiger sofort eine Klage auf die Beschaffung der Leistung anstellen, und, da diese nicht erfolgen kann, das Interesse in Anspruch nehmen, welches er an der Erfüllung der Obligation hat. Die Obligation ist an sich gültig, und daher muß dem **dolus** des Schuldners hier dieselbe Wirkung, wie in den übrigen Fällen einer theilweisen Unmöglichkeit, beigelegt werden.

---

8) Vergl. §. 2 I. de inut. stip. (3. 19). L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1), wo die Nichtigkeit der auf Leistung einer res publica gerichteten Stipulation nur für den Fall ausgesprochen wird, daß die Sache für immer zur öffentlichen Benutzung bestimmt sei.

Aehnliche Grundsätze haben ohne Zweifel in Betreff der Stipulation gegolten. Der Stipulator wird, falls dem Promissor ein dolus zur Last fiel, das Recht gehabt haben, sofort auf Erfüllung zu klagen, während er im Fall einer Unkunde des Promissor genöthigt war, die Anstellung der Klage einstweilen aufzuschieben. [9])

---

9) Die aufgestellte Ansicht wird unterstützt durch die L. 55. D. de act. empti 19. 1), welche unten ausführlicher zu erklären ist. — Ob das zweite der in L. 137 §. 4. D. de V. O. (45. 1) angeführten Beispiele hierher gehört, kann zweifelhaft sein. — Venulejus behandelt in den §§. 2 und 3 der L. 137 cit. die Frage, welche Zeit bei der Stipulation als Erfüllungszeit anzusehen ist, und auf diese Frage bezieht sich auch der Anfang des §. 4, indem hier bemerkt wird, daß derjenige, welcher eine Geldsumme verspreche, zur sofortigen Leistung verpflichtet sei, wenn er auch kein Geld im Hause habe, und keinen finde, der ihm etwas leihen wolle. Den Grund dieser Entscheidung findet Venulejus darin, daß die bloße facultas dandi nicht in Betracht komme; ein Satz, welchen er durch Anführung zweier Beispiele zu beweisen sucht, die nur durch Anwendung desselben sich richtig entscheiden lassen. Die Worte, welche sich auf das hier in Betracht kommende Beispiel beziehen, lauten folgendergestalt: „et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: ut sic non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest.“ Venulejus vergleicht in diesen Worten das Versprechen, welches schlechthin auf Leistung eines in Ephesus befindlichen Sclaven gerichtet ist, mit demjenigen Versprechen, welches auf Leistung des Sclaven in Ephesus lautet, und bemerkt, daß, wenn man die facultas dandi in Betracht zöge, beide Versprechen völlig gleich behandelt werden müßten, also in beiden Fällen nur eine Leistung in Ephesus verlangt werden könne, während doch in dem ersten Fall offenbar die Vornahme der Leistung am Stipulationsorte (und zwar selbstverständlich auf Kosten des Promissor) geschehen müsse. Insoweit sie bisher betrachtet sind, beziehen sich die Worte der Stelle nicht auf die Erfüllungszeit, sondern auf den Ort der Leistung, und enthalten nur einen allgemeinen Beweisgrund für den Satz, daß die bloße difficultas nicht berücksichtigt werde; auch liegt in dem Zusammenhang der Stelle an sich keine Veranlassung, sie auf die Leistungszeit zu beziehen, da die ferneren Erörterungen des §. 4, so wie der §. 5 unserer Stelle, sich nicht mehr auf die Frage, wann die Leistung verlangt werden kann, beziehen, sondern ganz im Allgemeinen davon handeln, ob die subjective Unmöglichkeit die Stipulation ungültig mache. — Bedenken erregen nur die letzten der oben abgedruckten Worte: quia in pecunia etc. Da nämlich hier als das Gemeinsame des Versprechens einer nicht am Erfüllungsort befindlichen Sache und des im Anfang der Stelle erörterten Geldversprechens hingestellt wird, daß in beiden Fällen der Gegenstand nicht sogleich geleistet werden könne, so liegt allerdings der Schluß nahe, sie auch darin einander gleichzustellen, daß

Dagegen müssen wir — wenigstens nach heutigem Rechte — in Beziehung auf das Schenkungsversprechen andere Regeln zur Anwendung bringen. Wir können hier nach Maßgabe der in den früheren §§. enthaltenen Bemerkungen die Verpflichtung nur, insoweit die Leistung möglich ist, aufrecht erhalten, und einen Entschädigungsanspruch des Beschenkten nur dann zulassen, wenn der Schenker in dolo war, und der Beschenkte wegen der zeitweiligen Unmöglichkeit ein Interesse daran hat, daß das Schenkungsversprechen ihm gar nicht ertheilt worden wäre.

Bei den Vermächtnissen kann selbstverständlich nichts darauf ankommen, ob der Honorirte und Onerirte die zeitweilige Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht; hier ist es unzweifelhaft, daß die Leistung nicht sogleich verlangt werden kann, wenn auch der Testator bei der Anordnung des Vermächtnisses auf das obwaltende Hinderniß nicht ausdrücklich Rücksicht genommen haben sollte. [10])

Wir gehen jetzt zu dem Fall über, wenn eine Verabredung über die Erfüllungszeit getroffen ist.

Die Zeit kann hier in der Weise festgestellt sein, daß es vorliegt, die bedungene Leistung werde zu dieser Zeit völlig unmöglich sein, z. B. wenn versprochen ist, ein bestimmtes jetzt lebendes Pferd nach 100 Jahren zu leisten. — Hier kann von einer bloß zeitweiligen Un-

---

dessenungeachtet sofort die Leistung verlangt werden könne. Eine völlig gleiche Behandlung der beiden mit einander verglichenen Obligationen ist aber jedenfalls unthunlich; namentlich gilt das für den Fall, wenn der Gläubiger Kunde von dem der Leistung entgegenstehenden Hinderniß gehabt hat. Da nun überdies in denjenigen Worten, welche die Entscheidung unseres Beispiels enthalten, keine Beziehung auf die Zeit der Leistung vorkommt, so werden wir die Worte: quia in pecunia etc. schwerlich in der angegebenen Weise urgiren dürfen; sie enthalten wohl nur eine, allerdings nicht ganz vorsichtig gefaßte Zurückbeziehung auf den Fall, von welchem der Jurist ausgegangen ist. Die L. 137 §. 4 cit. wird also für unsere Frage nicht in Betracht kommen können. Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 385 ff.

10) Vergl. L. 15. D. de legatis 3 (32). Dasselbe Resultat ergiebt sich aus den unten anzuführenden Stellen, welche von dem Vermächtniß eines auf der Flucht befindlichen oder von den Feinden gefangenen Sclaven handeln.

möglichkeit nicht die Rede sein, vielmehr ist die Unmöglichkeit eine vollständige und die Obligation unzweifelhaft nichtig. [11])

Die Zeit der Erfüllung kann aber auch so bestimmt sein, daß zu dieser Zeit noch nicht, wohl aber nachher geleistet werden kann. Dies ist der Fall, welcher für uns allein in Betracht kommt.

Wir beschränken uns auch hier zunächst auf die Frage, welche Wirkungen die zeitweilige objective Unmöglichkeit hat.

Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich von der Art und Weise ab, in welcher die Bestimmung in Betreff der Zeit getroffen ist.

Der Vertrag kann darauf gerichtet sein, daß die Leistung „in einem genau begränzten Zeitraume, weder früher noch später" erfolge. [12]) Dies ist regelmäßig der Fall bei der Sachenmiethe, so wie bei der **locatio operarum**. Wenn ich eine Sache für die Zeit vom ersten April 1853 bis zum ersten April 1854 miethe, so kann der Contract durch eine spätere Gebrauchsüberlassung nicht erfüllt werden. Erstreckt sich nun die Dauer der Unmöglichkeit auf den ganzen Zeitraum, in welchem dem Vertrage zufolge die Leistung erfolgen soll, so steht die Unmöglichkeit in Beziehung auf die Zeit der Leistung der völligen Unmöglichkeit durchaus gleich, und ist in derselben Weise zu behandeln. Bezieht sich die Unmöglichkeit nur auf einen Theil des Zeitraums, so ist dieselbe, falls nicht etwa die Leistung eine solche Natur hat, daß sie in dem übrigen Theil des Zeitraums noch vollständig erfüllt werden kann, freilich nur eine theilweise Unmöglichkeit, aber eine solche theilweise Unmöglichkeit, welche in Beziehung auf den Theil der Leistung, welcher nicht erfolgen kann, durchaus den Charakter einer dauernden Unmöglichkeit an sich trägt. Es sind hier unzweifelhaft die in dem §. 17 aufgestellten Regeln zur Anwendung zu bringen, wie wir denn auch dort eines Beispiels der letzteren Art uns zur Veranschaulichung dieser Regeln bedient haben (S. 188 ff.).

Die Verabredung in Ansehung der Zeit kann aber auch in der

---

11) Vergl. hierüber v. Savigny, System III. S. 215 ff., wo auch noch andere Beispiele angeführt sind, z. B. wenn der Schuldner eine von ihm persönlich vorzunehmende Leistung zur Zeit seines Todes zu beschaffen versprochen hat.

12) Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 517, der übrigens nur die, freilich sehr selten vorkommenden Fälle vor Augen zu haben scheint, in welchen eine solche Bestimmung in Ansehung der Zeit von den Contrahenten mit ausdrücklichen Worten getroffen ist.

Weise getroffen sein, daß die Leistung nicht nothwendig an die festgesetzte Zeit gebunden ist, sondern eventuell noch nach derselben erfolgen kann. Dies ist sogar die Regel. [13])

Liegt nun in einem solchen Fall eine zeitweilige Unmöglichkeit vor, so daß die Leistung nicht zur festgesetzten Zeit, wohl aber später erfolgen kann, so gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie in dem Fall, wenn keine Leistungszeit bedungen ist.

Sofern der Gläubiger die Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit nicht kennt, stehen in der That die Fälle sich ganz gleich, und es ist kein Grund abzusehen, weshalb eine andere Behandlung eintreten sollte, wenn die Erfüllungszeit ausdrücklich festgesetzt ist, als wenn in Folge einer stillschweigenden Verabredung ein bestimmter Tag, nämlich der Tag der Abschließung des Vertrages als Erfüllungszeit anzunehmen ist.

Zweifelhafter könnte es sein, ob diese Gleichstellung sich auch dann rechtfertigt, wenn der Gläubiger mit der zeitweiligen Unmöglichkeit bekannt war, oder diese so offen vorlag, daß eine Kunde derselben bei ihm angenommen werden muß. Es kann hier wohl die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt ein ernstlicher Wille auf Errichtung einer Obligation vorhanden gewesen ist.

Dessenungeachtet wird bei bonae fidei Obligationen auch in diesem Fall die Sache so behandelt, wie wenn keine Zeitbestimmung hinzugefügt wäre, und diejenige Zeit als die vertragsmäßige Erfüllungszeit angenommen, zu welcher die Leistung erfolgen kann. [14])

---

13) Vergl. L. 23 §. 1. D. de receptis (4. 8). L. 59 §. 2. D. mandati (17. 1).

14) Daß diese Zeit als die vertragsmäßige zu betrachten ist, wird ausdrücklich gesagt, und daraus die Folgerung abgeleitet, daß das für den Fall der Nichterfüllung versprochene Interesse erst in Anspruch genommen werden kann, wenn die Leistung bis zu dieser Zeit nicht erfolgt ist: L. 58 §. 1. D. locati (19. 2): „In operis locatione erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset: quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.“ Die gedachte Auslegung des Vertrages wird nicht davon abhängig gemacht, daß der locator operis gewußt habe, daß das Werk in der bedungenen Zeit nicht vollendet werden könne, weil die Sache so offen vorlag, daß er es wissen mußte. Eben so wird, wie wir oben gesehen haben, in denjenigen Fällen, in welchen eine Zeitbestimmung nicht hinzugefügt ist, aber aus der Natur der Leistung, wie sie verabredet worden ist, die Unmöglichkeit einer sofortigen Erfüllung sich ergiebt,

Bei der Stipulation war ihrer strengeren Natur wegen eine so freie, von dem ausdrücklich erklärten Willen der Parteien abgehende Auslegung ausgeschlossen. Hier wird in dem gedachten Fall der ganze Vertrag als unwirksam angesehen. Demgemäß heißt es: „si quis Romae ita stipuletur, hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.“ 15) Für das heutige Recht hat die Bestimmung über die Stipulation keine Bedeutung.

Das Vermächtniß (und ebenso jetzt auch das Schenkungsversprechen) wird, wenn die Vornahme der Leistung zum festgesetzten Tage unmöglich ist, unter Wegfall des dies als gültig aufrechterhalten. 16)

Im Bisherigen ist von der zeitweiligen Unmöglichkeit nur, insofern sie eine objective ist, die Rede gewesen. Es sind jetzt noch die

---

keine Rücksicht darauf genommen, ob der Gläubiger etwa eine so geringe Einsicht in die Natur der Leistung hatte, daß er die sofortige Beschaffung derselben für möglich gehalten hat. Beides entspricht durchaus der oben (§. 17 Note 19) aufgestellten Ansicht über den nicht entschuldbaren Irrthum.

15) §. 5 I. de V. O. (3. 15). L. 2 §. 6. D. de eo, quod certo l. (13. 4). L. 141 §. 4. D. de V. O. (45. 1). In der letzten Stelle wirft Gajus die Frage auf, ob nicht unter Umständen die gedachte Stipulation wirksam sein könne, nämlich dann, wenn die Contrahenten einige Zeit vorher ihre Commissionäre in Carthago von der beabsichtigten Abschließung der Stipulation benachrichtigt und zugleich dieselben beauftragt hätten, an dem gedachten Tage die Zahlung beziehungsweise zu leisten und in Empfang zu nehmen. — Gajus drückt sich über diesen Fall schwankend aus. Meines Erachtens wird man jedoch die Leistung, wenn sie in Folge der vorbereitenden Schritte vorgenommen ist, nicht als eine Erfüllung der Stipulation ansehen können, welche zu der fraglichen Tageszeit vielleicht noch gar nicht abgeschlossen, und deren Abschließung jedenfalls dem Zahlenden unbekannt war. Die Stipulation ist aber insofern wirksam, als die geleistete Zahlung wie ein für den Fall der Abschließung einer solchen Stipulation Gegebenes betrachtet werden muß, und daher, wenn der vorausgesetzte Fall eingetreten ist, nicht zurückverlangt werden kann. — Erfolgt die Erfüllung trotz aller vorbereitenden Schritte nicht an dem gedachten Tage, so wird eine Klage aus der Stipulation schwerlich zugelassen sein; es kann sich nur fragen, ob die vorhergegangenen Verabredungen zur Begründung einer Klage hinreichten.

16) L. 12 §. 1. D. de legatis 1 (30).

Wirkungen der zeitweiligen subjectiven Unmöglichkeit zu betrachten. Wir haben es hier vorzugsweise nur mit derjenigen subjectiven Unmöglichkeit zu thun, welche darin ihren Grund hat, daß dem Schuldner die zur Vornahme der Leistung erforderliche factische Disposition über die zu leistende Sache fehlt. [17])

In dem §. 2 haben wir uns aus inneren Gründen dafür ausgesprochen, in den hier zur Frage stehenden Fällen eine wahre zeitweilige Unmöglichkeit anzunehmen. Es fragt sich jetzt, ob damit die Aussprüche der römischen Juristen, welche sich auf die praktische Behandlung dieser Fälle beziehen, übereinstimmen. Wäre dem nicht so, so müßte die oben aufgestellte Ansicht selbstverständlich aufgegeben werden.

In den Pandektentiteln, welche von den Vermächtnissen handeln, wird wiederholt das Vermächtniß eines auf der Flucht befindlichen oder in feindliche Gefangenschaft gerathenen Sclaven erwähnt. Ein solches Vermächtniß wird als gültig anerkannt; die Leistung des Sclaven kann jedoch von Seiten des Vermächtnißnehmers nicht verlangt werden, bevor das derselben entgegenstehende Hinderniß gehoben ist. Dies gilt nicht nur für den Fall der feindlichen Gefangenschaft des Sclaven, [18]) der allerdings der objectiven Unmöglichkeit näher steht, sondern auch, wenn der vermachte Sclave zur Zeit des Todes des Testators auf der Flucht sich befindet. Der Erbe braucht nur zu caviren, daß er den Sclaven verfolgen und, sowie er ihn wiedererlangt haben werde, herausgeben wolle. [19]) — Es liegt kein Grund vor,

---

17) Ueber die subjective Unmöglichkeit, welche in dem fehlenden Recht des Schuldners ihren Grund hat, vergl. §. 12 Note 1 und §. 16 Note 8. — Die lediglich die Person des Schuldners betreffenden Hindernisse werden, abgesehen von den Fällen, in welchen die durch sie begründete Unmöglichkeit zugleich eine objective ist (§. 8), nicht leicht als Gründe einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit vorkommen können; vergl. oben §. 4 Note 2.

18) L. 9. D. de leg. 1 (30). L. 98. D. eodem: „Servus ab hostibus captus recte legatur: hoc enim jure postliminii fit.“

19) L. 108 pr. D. de leg. 1 (30): „Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur, et impensa et periculo ejus, cui legatus sit, reddi debet.“ — Dies Hinderniß wurde als Grund einer Unmöglichkeit auch dann anerkannt, wenn der vermachte Sclave nicht dem Erblasser, sondern dem Erben oder einem Dritten gehörte; L. 8 pr. D. de legatis 2 (31). Dem widersprechen nicht L. 84 §. 10. D. de leg. 1 (30) und L. 82. D. de leg. 3 (32), welche sich nur auf die Frage, ob das Legat gültig ist, beziehen. — Darauf, daß hier nicht, wie in den Stellen der vorigen Note, Fälle vorausgesetzt werden,

weshalb diese Bestimmung nicht auch auf die anderen Fälle einer auf factischen Hindernissen beruhenden subjectiven Unmöglichkeit anzuwenden wäre. Im Zweifel wird angenommen, daß der Testator die vermachten Sachen dem Vermächtnißnehmer in der Weise habe zuwenden wollen, wie er sie selbst gehabt hat. [20])

Bei den Vermächtnissen finden wir also die gedachte Art der subjectiven Unmöglichkeit ganz eben so, wie die zeitweilige objective Unmöglichkeit behandelt. Diese Grundsätze auf das Schenkungsversprechen auszudehnen, dürfte keinem Bedenken unterliegen, wenn auch meines Wissens keine ausdrückliche Entscheidung dieses Falles in den Quellen sich findet.

Was die übrigen Verträge betrifft, so liegt so viel vor, daß dieselben, abgesehen von den Fällen, in welchen die Erfüllung an eine bestimmte Zeit gebunden ist, durch die gedachte subjective Unmöglichkeit eben so wenig ungültig werden, wie durch die zeitweilige objective Unmöglichkeit. [21])

Ferner ist es nicht zweifelhaft, wie der Vertrag zu behandeln ist, wenn einer der Contrahenten oder beide das der Leistung entgegenstehende Hinderniß gekannt haben. Haben beide Contrahenten oder auch nur der Gläubiger allein darum gewußt, so wird der Vertrag so ausgelegt, als ob die Wirksamkeit desselben von der Beseitigung des Hindernisses abhängig gemacht sei, als ob mithin die Erfüllungszeit bis zu dieser Beseitigung hinausgeschoben sei. Hat der Gläubiger keine Kunde von dem Hinderniß gehabt, wohl aber der Schuldner, so kann sogleich auf die Erfüllung geklagt werden; der Schuldner ist ungeachtet des Hindernisses, welches der rechtzeitigen Erfüllung entgegensteht, verpflichtet, dem Gläubiger dasjenige Interesse zu prästiren,

---

in welchen der Sclave bereits zur Zeit der Errichtung des Testaments geflohen war, dürfte nichts ankommen. S. oben §. 11 Note 16.

20) Deshalb fallen die Kosten der Wiedererlangung des entflohenen Sclaven, wenn dieser vor dem Tode des Erblassers entflohen war, dem Vermächtnißnehmer, wenn er später entflohen ist, dem Onerirten zur Last. L. 108 pr. D. de leg. 1 (30). L. 8 pr. D. de leg. 2 (31). — Die L. 39 pr. D. de leg. 1 (30) ist auf den Fall einer nach dem Tode des Erblassers erfolgten Flucht zu beziehen.

21) Siehe auch oben S. 19 ff., woselbst zugleich ausgeführt ist, daß eben aus diesem Grunde der Ausspruch des Venulejus in L. 137 §. 5. D. de V. O. (45. 1) der Berücksichtigung der auf factische Hindernisse sich gründenden subjectiven Unmöglichkeit nicht entgegensteht.

welches dieser an der sofortigen Erfüllung des Vertrages hat. Dies ergiebt sich aus den im §. 17 entwickelten Grundsätzen über die Wirkungen, welche der dolus des Schuldners bei den auf Sachleistungen gerichteten Verträgen (mit Ausnahme des Schenkungsversprechens) allgemein äußert, wenn die sogleich vorhandene theilweise Unmöglichkeit nicht eine solche ist, daß sie die Entstehung der Obligation völlig hindert. 22)

Zweifelhafter ist die Entscheidung für den Fall, in welchem das Vorhandensein des Hindernisses beiden Contrahenten unbekannt gewesen ist; dies ist aber gerade derjenige Fall, in welchem die eigenthümlichen Wirkungen der theilweisen Unmöglichkeit besonders hervortreten. Betrachtet man die zur Frage stehende subjective Unmöglichkeit nicht als eine wahre Unmöglichkeit, so muß man in diesem Fall die sofortige Anstellung einer Klage auf Erfüllung der Obligation zulassen; nach unserer Ansicht dagegen hat der Gläubiger, wie bei der zeitweiligen objectiven Unmöglichkeit nur die Wahl, ob er von dem Vertrage zurücktreten, oder die Geltendmachung seiner Ansprüche bis zur Beseitigung des Hindernisses aufschieben will.

Die einzigen Entscheidungen in den Quellen, welche man bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage etwa benutzen könnte, sind, so viel mir bekannt ist, folgende:

L. 21. D. *de hered. vend.* (18. 4) *Paul.* l. 16. Quaest.

„— — — Quid si rem, quam vendidi, alio possidente, petii, et litis aestimationem accepi: utrum pretium illi debeo an rem? Utique rem: non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. — — —“

L. 55. D. *de act. empti* (19. 1) *Pompon.* l. 10. Epist.

„Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat, valere emptionem

---

22) Die letztere Bestimmung wird im Allgemeinen selbst für die Sachenmiethe gelten müssen, obgleich hier regelmäßig die Erfüllung an einen bestimmten Zeitraum gebunden ist. Da es bei den hier zur Frage stehenden Hindernissen von zufälligen und nicht im Voraus zu berechnenden Umständen abhängt, über welchen Zeitraum die Wirksamkeit des Hindernisses sich erstrecken wird, so kann nicht von vornherein eine Nichtigkeit der Obligation angenommen werden. Ist aber die Obligation an sich gültig, so muß auch der dolus des Schuldners die im Text angegebenen Folgen nach sich ziehen.

et stipulationem: quia inter ementem et vendentem esset commercium: potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura: etiam si officio judicis sustinenda esset ejus praestatio, donec praestari possit."

Die Entscheidung der ersten Stelle geht darauf hinaus, daß der Verkäufer, welchem die Detention der verkauften Sache durch Dejection u. s. w. entzogen ist, nicht das durch die Delictsklagen Erlangte, sondern nur die Sache zu prästiren schuldig sei. Da nun, wie aus einer Reihe von Stellen [23]) hervorgeht und zum Theil selbst in den ferneren Worten der **L. 21. D. de hered. vend.** anerkannt wird, der Verkäufer, welcher ohne seine Schuld die Detention der verkauften Sache verloren hat, nicht die Sache, wohl aber die Klagen und das durch die Klagen etwa Erlangte zu prästiren hat, so muß man, um die zur Frage stehende Entscheidung zu erklären, annehmen, entweder daß der Verkäufer in den dort erwähnten Fällen durch seine Schuld die Detention der Sache verloren hat, oder daß dieselbe bereits zur Zeit der Abschließung des Contracts ihm fehlte. [24])

Meines Erachtens ist die letztere Annahme vorzuziehen. Dieselbe entspricht dem Zusammenhange völlig so gut, wie die erste Annahme; überdies wird sie namentlich unterstützt durch das von Paulus gewählte Beispiel der Dejection. Eine Schuld wird in diesem Falle nur sehr selten vorliegen, es läßt sich daher nicht annehmen, daß Paulus, ohne ausdrücklich die **culpa** hervorzuheben, die Dejection als Beispiel einer verschuldeten Unmöglichkeit angeführt haben sollte. [25])

Beziehen wir nun die oben abgedruckten Worte der **L. 21. D. cit.** auf Fälle einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit, so geht aus denselben hervor, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit sich dadurch nicht befreien kann, daß er die Klagen, welche ihm auf Wiedererlangung der Sache zustehen, cedirt; denn nicht die Klagen, sondern die Sache ist Gegenstand des Contracts. Im Uebrigen aber ergiebt sich aus dieser Stelle nichts, was für die Beantwortung unserer Frage von Bedeutung wäre.

---

23) Vergl. z. B. L. 35 §. 4. D. de contr. empt. (18. 1). L. 31. D. de act. empti (19. 1) und besonders L. 14 pr. D. de furtis (47. 2).

24) Die erste Ansicht findet sich bei Hasse, Culpa S. 311 ff., die zweite bei Ihering, Abhandlungen S. 35 ff. — Abweichend von beiden ist Mühlenbruch, Cession §. 38. II. Nr. 9; s. aber gegen ihn Ihering a. a. O. S. 32 ff.

25) Siehe Ihering a. a. O. S. 34 ff. S. 38 ff.

Wie aus den abgedruckten Worten der **L. 21. D. de hered. vend.** klar hervorgeht, sind die daselbst behandelten Fälle solche, in welchen der Schuldner von dem Dritten, durch dessen Verschulden die Erfüllung der Obligation ihm unmöglich ist, Entschädigung erhalten hat. Es handelt sich nämlich darum, ob der Gläubiger das Recht hat, den Ertrag der gegen den Dritten angestellten Klagen zu verlangen, oder ob er sich mit dem Interesse, welches er selbst an der Erfüllung der Obligation hat, begnügen muß. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß eine Forderung auf das Letztere ihm jedenfalls zustehe. Dies läßt sich aber ohne Schwierigkeit auch dann erklären, wenn in diesen Fällen eine wahre zeitweilige Unmöglichkeit anerkannt wird.

Hat der Schuldner gewußt, daß er durch Diebstahl oder Dejection den Besitz der verkauften Sache verloren habe, oder daß überhaupt nur ein Dritter die Sache nicht in seinem Namen, sondern mit dem Willen, dieselbe für sich zu haben, also die Ausübung einer jeden Herrschaft des Schuldners über die Sache auszuschließen, in Besitz habe, so muß er, wie wir oben gesehen haben, schon wegen seines **dolus** dem Gläubiger das Interesse leisten. — Ist dagegen dem Schuldner das Hinderniß nicht bekannt gewesen (was freilich im Fall der Dejection nur selten vorkommen wird), so kommt hier ein oben (§. 4. Note 25) bereits erwähnter Grundsatz zur Anwendung. Diesem zufolge soll, wenn durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten die Erfüllung einer Obligation dem Schuldner unmöglich geworden ist, der dadurch herbeigeführte Schaden nicht den Gläubiger, sondern den Dritten treffen, und der Schuldner kann, insofern den allgemeinen Rechtsregeln zufolge ihm die Entschädigungsklage gegen den Dritten zusteht, mit dieser Klage zugleich auch die Erstattung des Interesse des Gläubigers verlangen. — Dieser Satz gilt freilich nur für den Fall, wenn die den Dritten zum Schadensersatze verpflichtende Handlung n a ch der Entstehung der Obligation vorgenommen ist. Dessenungeachtet ist er aber auch in den Fällen der **L. 21 cit.** zur Anwendung zu bringen; denn wenn auch hier die zunächst zum Schadensersatz verpflichtende Handlung vor der Begründung der Obligation erfolgt ist, so fällt doch die Fortsetzung derselben, die fernere Vorenthaltung der Sache in die Zeit n a ch der Entstehung der Obligation; und dieses genügt vollkommen, um die obige Folge zu begründen.[26]) Demgemäß ist nun in der **litis aesti-**

---

26) Vergl. z. B. L. 67 §. 2. D. de furtis (47. 2).

matio, welche der Schuldner von dem Dritten erhalten hat, zugleich auch das Interesse des Gläubigers enthalten, oder wenigstens ist es Schuld des Debitor, wenn er dieses bei der Schätzung nicht mit in Anschlag gebracht hat. [27]) Hieraus aber erklärt sich zur Genüge, daß der Gläubiger wieder von dem Schuldner das Interesse, welches er an der Erfüllung des Vertrages hatte, verlangen kann, ohne daß damit irgendwie über die Frage entschieden wäre, ob der Diebstahl, die Dejection u. s. w. als Gründe einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit anzuerkennen sind. [28])

Die **L. 21. D. de hered. vend.** hat also für unsere Frage keine Bedeutung; wichtiger ist die zweite der oben abgedruckten Stellen, die **L. 55. D. de act. empti.**

Eine nähere Angabe der Fälle, in welchen die Leistung **officio judicis** hinauszuschieben ist, findet sich in dieser Stelle nicht. Doch kann Paulus hier an keinen anderen Fall gedacht haben, als an denjenigen, wenn bei Abschließung des Vertrages beide Contrahenten sich im Irrthum über das der Leistung entgegenstehende Hinderniß befunden haben. Der Fall, daß der Schuldner die wahre Sachlage gekannt hat, ist selbstverständlich ausgeschlossen. Aber auch dann, wenn der Gläubiger gewußt hat, daß der zu leistende Sclave in feindlicher Gefangenschaft sei, kann von einer bloßen Hinausschiebung der Prästation nicht die Rede sein; vielmehr ist der Gläubiger in diesem Fall, wenn er vor der Rückkehr des Sclaven klagt, ohne Zweifel abzuweisen, indem ihm die **exceptio doli** entgegensteht.

Die von uns aufgestellte Ansicht findet demnach in der **L. 55. D. cit.** eine nicht unerhebliche Unterstützung. Ein völlig sicheres Argument läßt sich freilich aus dieser Stelle nicht herleiten, da der in derselben behandelte Fall der feindlichen Gefangenschaft eines Sclaven sich in manchen Beziehungen von den übrigen Fällen einer subjectiven Unmöglichkeit unterscheidet, und der objectiven Unmöglichkeit jedenfalls sehr nahe steht (S. 16). — Für die Ausdehnung der in der **L. 55.**

---

27) Vorausgesetzt ist dabei, daß bei Abschließung des Contracts auch dem Gläubiger das Hinderniß nicht bekannt war. War es dem Gläubiger bekannt, so kann von einem Anspruch desselben auf ein Interesse selbstverständlich nicht die Rede sein; die Sache wird dann, wie oben bemerkt ist, so angesehen, als ob die Wirksamkeit des Vertrages von der Wiedererlangung der zu leistenden Sache durch den Schuldner abhängig gemacht sei.

28) A. M. Ihering a. a. O. S. 38 Note 1, welcher die zur Frage stehende Entscheidung daraus erklärt, daß es an einer objectiven Unmöglichkeit fehlt.

anerkannten Grundsätze auf die übrigen Fälle der subjectiven Unmöglichkeit spricht jedoch außer den oben (S. 19 ff.) entwickelten inneren Gründen theils der Umstand, daß Paulus in dem in unserer Stelle behandelten Beispiel ausdrücklich nur eine **difficultas in praestando** anerkennt, und doch die Wirkungen einer zeitweiligen Unmöglichkeit eintreten läßt, theils die Analogie der Bestimmungen über die Vermächtnisse.

Drittes Kapitel.

Praktische Behandlung der nachfolgenden Unmöglichkeit.

---

§. 20.

Verschuldete und unverschuldete (casuelle) Unmöglichkeit. — Bedeutung der für die letztere geltenden Regel im Allgemeinen.

Die sogleich vorhandene Unmöglichkeit der Leistung hindert, sofern sie sich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange bezieht, das Zustandekommen der beabsichtigten Obligation. Diese Wirkung tritt ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Unmöglichkeit der bedungenen Leistung durch einen Zufall oder durch die Handlung einer der Personen, welche später einen Vertrag über diese Leistung abgeschlossen haben, herbeigeführt ist.

Der nachfolgenden Unmöglichkeit kann eine gleiche Wirkung nicht beigelegt werden. Wollte man für diese den Grundsatz: **impossibilium nulla obligatio**, gelten lassen, so würde das Fortbestehen der Verpflichtung in dem ausgedehntesten Maße von der Willkühr des Schuldners abhängig sein, während eben das Wesen der Obligation darin besteht, daß der Schuldner durch dieselbe gebunden, seine Freiheit in der durch die Obligation bestimmten Richtung zu Gunsten eines Anderen beschränkt ist. So erklärt es sich, daß bei der nachfolgenden Unmöglichkeit das Verhältniß, in welchem das Eintreten derselben zu dem Willen des Schuldners steht, als ein wesentliches Moment zu berücksichtigen ist.

Das Recht fordert aber vom Schuldner nicht allein, daß er der Vornahme der Leistung, zu welcher er verpflichtet ist, nicht absichtlich Hindernisse in den Weg lege, sondern zugleich, daß er Vorsicht und Sorgfalt anwende, damit nicht durch außer seinem Willen liegende Ereignisse die Erfüllung gehindert und unmöglich gemacht werde. Der Schuldner hat nicht nur für **dolus**, sondern auch für **culpa** einzustehen.

Das Erstere folgt mit Nothwendigkeit aus dem Begriff der Verpflichtung an sich. Das Zweite ergiebt sich aus dem Bedürfniß des Verkehrs, welchen zu vermitteln die Obligationen bestimmt sind. Dies Bedürfniß erfordert, daß der Gläubiger auf die Erfüllung der Obligation mit Sicherheit Rechnung machen kann. Soll aber die nöthige Sicherheit erreicht werden, so genügt es nicht, daß dem Schuldner nur die Verpflichtung auferlegt werde, der Erfüllung nicht absichtlich Hindernisse in den Weg zu legen; er muß auch zu einem positiven Thun, zur Anwendung einer **diligentia** verpflichtet werden. Der Grad der Sorgfalt, welche vom Schuldner verlangt wird, ist je nach der Natur der Obligationen ein verschiedener; bei allen denjenigen Obligationen, welche eine irgend erheblichere Bedeutung für die Vermittelung des Verkehrs haben, überhaupt bei den meisten Obligationen wird diejenige Diligenz vom Schuldner gefordert, welche ein **diligens pater familias** anzuwenden pflegt. [1])

Die Verpflichtung zur Diligenz, welche das Recht dem Schuldner auflegt, tritt nicht erst mit dem Augenblick ein, in welchem die Obligation nach allen Seiten hin perfect geworden ist, sondern schon dann, wenn ein obligatorisches Verhältniß in der Weise zu Stande gekommen ist, daß der Schuldner nicht einseitig zurücktreten kann, mag auch die Perfection der Obligation noch von einem in der Zukunft liegenden Ereigniß abhängig gemacht sein. Eben deshalb müssen die Fälle, wo das Eintreten der Unmöglichkeit in den Zeitraum zwischen der Entstehung des obligatorischen Verhältnisses und der Perfection der Obligation fällt, hier behandelt werden, wenn gleich diese Unmöglichkeit in einigen anderen Beziehungen der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit näher steht.

Aus den bisherigen Bemerkungen ergiebt es sich, daß die durch ein Verschulden des Debitor herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung denselben von seiner Verpflichtung **nicht** befreien kann. Ja selbst der Gegenstand der Obligation wird durch eine derartige Unmöglichkeit nicht unmittelbar verändert. Zwar ist, damit die Obligation erfüllt werde, nöthig, daß die unmögliche Leistung in eine mögliche, nämlich in ein Geldäquivalent (das Interesse) verwandelt werde; der Schuldner wird aber als fortwährend auf den

---

1) Vergl. bes. Bethmann-Hollweg im Anhang IV. zu der von ihm besorgten Ausgabe von Hasse's Culpa.

ursprünglichen Gegenstand der Obligation verpflichtet angesehn, bis die Obligation durch Leistung des Interesse oder auf andere Weise aufgehoben ist.

Die praktische Bedeutung dieser Auffassung zeigt sich namentlich in Folgendem. Der Gläubiger braucht, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, nicht auf das Interesse zu klagen; er ist vielmehr berechtigt, nach wie vor auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation seine Klage zu richten. Diese Klage kann der Schuldner nicht dadurch abwenden, daß er sich auf die Unmöglichkeit der Erfüllung beruft, indem diese allein auf die Verpflichtung keinen Einfluß hat; er muß vielmehr, um die Klage abzuwenden, beweisen, daß die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist.[2])

Die Wirkungen der verschuldeten Unmöglichkeit zeigen sich erst, wenn erfüllt werden soll, indem dann allerdings eine Verwandlung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation in ein Aequivalent (das Interesse) eintreten muß.

Die bisher entwickelten Grundsätze kommen dann immer zur Anwendung, wenn die vom Debitor verschuldete Unmöglichkeit nach der Perfection der Obligation eingetreten ist. Etwas anders gestaltet sich

---

2) Eine andere, minder wichtige Folge dieser Auffassung siehe unten §. 25 Note 8. — Die Entscheidungen in L. 45. D. de O. et A. (44. 7) und L. 21. D. de hered. vend. (18. 4) lassen sich gleichfalls daraus erklären. Nach diesen Stellen soll derjenige, welcher einen Sclaven, zu dessen Leistung er verpflichtet ist, manumittirt oder veräußert, von seiner Verpflichtung befreit sein, wenn später der Tod des Sclaven erfolgt; vorausgesetzt natürlich, daß dieser Tod mit der Verschuldung des Debitor in keinem Zusammenhange steht. — Den Grund, daß das Ereigniß, welches später die Sache betraf, noch berücksichtigt werden konnte, kann man darin finden, daß die Verpflichtung nach wie vor auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation gerichtet war. Die angeführten Entscheidungen erklären sich aber ebensowohl aus den Grundsätzen über das Interesse. Dieses kann nämlich nicht gefordert werden, sofern der Schaden den Gläubiger auch dann betroffen hätte, wenn die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung (hier die Manumission oder Veräußerung des Sclaven) nicht vorgenommen wäre. — In beiden Stellen wird die Abwesenheit der Mora als ein wichtiges Moment hervorgehoben; hat nämlich der Schuldner einer Mora sich schuldig gemacht, so haftet er jedenfalls auf das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, den Sclaven bis zu seinem Tode zu benutzen, und bis dahin über ihn disponiren zu können (s. darüber §. 23). Darauf beruht auch die abweichende Entscheidung in L. 1 §. 25. D. depos. (16. 3). Wer eine deponirte Sache, ihre Eigenschaft kennend, verkauft, begeht ein furtum und ist somit in Mora.

die Sache, wenn die Leistung durch ein Verschulden des Debitor vor der Perfection der Obligation, z. B. vor der Erfüllung der dem Vertrage hinzugefügten Bedingung unmöglich geworden ist. In diesem Fall wird durch das Eintreten der Unmöglichkeit, eben so, wie in den Fällen der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit, die Entstehung der beabsichtigten Obligation gehindert; die Verschuldung des Debitor giebt aber dem Gläubiger das Recht, das Interesse zu fordern, welches er daran hatte, daß der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung nicht herbeigeführt hätte; — vorausgesetzt, daß die Obligation, abgesehen von der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung, zu Stande gekommen wäre. Dieses Interesse ist identisch mit dem Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Obligation hatte, da er durch das Zustandekommen derselben, für dessen Verhinderung er entschädigt werden soll, ein Recht auf die Erfüllung erworben hätte; nur ist selbstverständlich die etwa bedungene Gegenleistung in Abzug zu bringen. — Die Klage, welche dem Gläubiger gegeben wird, um das gedachte Recht geltend zu machen, ist die Contractsklage [3]); daraus aber, daß die Klage in diesem Fall nicht auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation, sondern allein auf das Interesse gerichtet werden kann, ergiebt sich die praktisch wichtige Folgerung, daß dem Gläubiger hier der Beweis obliegt, daß die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung und die dadurch gehinderte Entstehung der Obligation in einem Verschulden des Debitor ihren Grund gehabt haben.

Die praktische Behandlung der von dem Debitor verschuldeten nachfolgenden Unmöglichkeit ist demnach eine sehr einfache. Es handelt sich namentlich nur um die Feststellung des Aequivalents, welches für den ursprünglichen Gegenstand der Obligation geleistet werden muß. Die Auseinandersetzung der Grundsätze, welche hierfür zur Anwendung kommen, gehört aber nicht in die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, sondern in die Lehre von dem Interesse.

Im Nachfolgenden haben wir uns daher auf die ohne eine Verschuldung des Debitor eintretende Unmöglichkeit zu beschränken. Wir werden diese Art der Unmöglichkeit auch durch den Ausdruck: casuelle

3) L. 8 pr. D. de contr. empt. (18. 1). Darüber, ob auch bei der Stipulation in dem zur Frage stehenden Fall die Contractsklage gegeben wurde, finden sich, so viel mir bekannt ist, keine Entscheidungen in den Quellen; auch dürfte dies schwerlich anzunehmen sein.

Unmöglichkeit bezeichnen, indem wir unter Casus ein Ereigniß verstehen, in Betreff dessen dem Debitor kein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt.[4])

Die Regel, welche für diese Unmöglichkeit gilt, ist folgende: Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, insoweit dieselbe ohne ein von ihm zu vertretendes Verschulden unmöglich geworden ist. — Tritt eine derartige Unmöglichkeit vor der Perfection der Obligation ein, so hindert sie die Entstehung der beabsichtigten Obligation; und der Schuldner braucht in diesem Fall auch wegen des gehinderten Zustandekommens derselben keine Entschädigung zu leisten.

Die angeführte Regel wird von Ulpian in der **L. 23. D. de R. J.** (50. 17) durch die Worte ausgedrückt: **casus a nullo praestantur.**[5])

Es ist also, damit eine Befreiung des Schuldners auf diesem Wege eintrete, ein Doppeltes nöthig:

1) eine Unmöglichkeit der Leistung. Hat den Schuldner ein unverschuldeter Unglücksfall betroffen, die Leistung ist aber dessenungeachtet möglich geblieben, so hat dies keinen Einfluß auf die Verpflichtung. So tritt z. B. eine Befreiung des Schuldners nicht ein, wenn er das geliehene Geld ohne sein Verschulden verloren hat; denn Geld zu leisten ist immer möglich.[6]) Es bedarf daher, wenn eine Unmöglichkeit der

---

4) Daß der Ausdruck: Casus nach dem römischen Sprachgebrauch eine etwas abweichende Bedeutung hat, wird in dem folgenden §. ausgeführt werden. Will man jedoch den Ausdruck als einen technischen beibehalten, so muß man ihm die Bedeutung beilegen, welche wir ihm nach dem Vorgange Anderer im Obigen beigelegt haben. Vergl. auch den folgenden §. Note 31.

5) Bei dieser Fassung der Regel wird immer vorausgesetzt, daß der Casus eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, so wie ferner, daß der durch denselben herbeigeführte Schaden auch nicht mittelbar auf ein von dem Debitor zu vertretendes Verschulden zurückgeführt werden kann. Auf diese Weise entspricht der Satz: casus a nullo praestantur im Wesentlichen der von uns für die casuelle Unmöglichkeit aufgestellten Regel; es kann sich nur fragen, ob durch denselben auch alle möglichen Fälle einer casuellen Unmöglichkeit umfaßt werden, indem einige Ereignisse, wie namentlich freie Handlungen des Schuldners, selbst dann, wenn die durch dieselben herbeigeführte Unmöglichkeit ausnahmsweise als Befreiungsgrund in Betracht kommt; doch von den römischen Juristen nicht als Casus bezeichnet werden. Vergl. den folgenden §.

6) L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7).

Leistung nicht eingetreten ist, keiner näheren Untersuchung darüber, ob eine Verschuldung vorliegt. [7])

Wann übrigens eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist, bestimmt sich nach den im ersten Kapitel aufgestellten Grundsätzen.

2) Die Unmöglichkeit muß eine unverschuldete sein. Demgemäß heißt es in **L. 107. D. de solut.** (**46. 3**): „— — **Naturaliter (resolvitur verborum obligatio) — —, cum res in stipulationem deducta** ***sine culpa promissoris*** **in rebus humanis esse desiit.**“ Ebenso wird in einer Reihe von anderen Stellen die Aufhebung der Verpflichtung davon abhängig gemacht, daß dem Schuldner keine **culpa** zur Last falle. [8])

Es ist also im einzelnen Fall zu untersuchen, ob die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung in einer Verschuldung des Debitor ihren Grund hat, und ob diese Verschuldung als eine solche betrachtet werden muß, für welche der Debitor verantwortlich ist.

Die Beantwortung der letzteren Frage richtet sich, insofern nicht eine besondere Verabredung über den Grad der zu prästirenden **culpa** getroffen ist, nach der Natur der im einzelnen Fall vorliegenden Obligation. Die Untersuchung darüber, bei welchen Obligationen der Schuldner nur für **culpa lata**, bei welchen derselbe auch für **culpa levis** haften muß, liegt außerhalb der Gränzen dieser Abhandlung.

Auch die andere Frage berühren wir nur mit wenigen Worten. Das Vorhandensein einer Verschuldung allein schließt die Befreiung des Schuldners nicht aus, sondern nur dann, wenn zwischen der-

---

7) In diesem Sinne heißt es in L. 66 pr. D. sol. matr. (24. 3), daß die Verpflichtung zur Prästation von dolus und culpa sich auf die als dos hingegebene pecunia numerata nicht beziehe. Aus dem angeführten Grunde bedarf es ferner auch dann keiner Untersuchung über das Vorhandensein einer Verschuldung, wenn der Grund der Nichterfüllung in dem fehlenden Recht des Schuldners liegt, L. 9 pr. D. locati (19. 2), oder wenn nur rücksichtlich einer von mehreren alternativ versprochenen Sachen eine völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist; L. 33 §. 1. D. de solut. (46. 3).

8) Vergl. z. B. §. 3 I. de empt. (3. 23). L. 54 pr. D. de act. empti (19. 1). L. 13 §. 1. D. locati (19. 2). L. 47 §. 4. D. de leg. 1 (30). L. 22 §. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). L. 1 §§. 4. 5. D. de O. et A. (44. 7). L. 51. D. de V. O. (45. 1).

selben und dem Eintreten der Unmöglichkeit ein Causalnexus besteht. [9]) Es kommt aber nicht darauf an, ob die Unmöglichkeit durch eine unmittelbar darauf gerichtete Handlung des Debitor, oder ob sie nur mittelbar durch ein Verschulden desselben herbeigeführt ist, ob ferner dem Schuldner das Eintreten des Ereignisses, welches die Unmöglichkeit veranlaßt hat, zugerechnet werden kann, oder nur daß er die Einwirkung desselben auf den Gegenstand der Obligation nicht abgewehrt hat. Ja selbst dann tritt eine Befreiung des Schuldners nicht ein, wenn ihm zwar weder in Beziehung auf das Eintreten noch in Beziehung auf die Abwehr des Ereignisses eine Verschuldung zur Last fällt, wenn es aber von ihm verschuldet ist, daß der Gegenstand der Obligation sich in einer Lage befunden hat, daß das Ereigniß denselben hat treffen und die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen können. So wird z. B. eine unverschuldete Unmöglichkeit nicht angenommen, wenn der Schuldner die von ihm geliehene oder gemiethete Sache gegen die Bestimmungen des Contracts auf einer Reise mit sich geführt hat, und ihm dieselbe unterwegs durch Räuber abgenommen ist. [10])

Der Satz, daß die Unmöglichkeit eine unverschuldete sein muß, bedarf jedoch noch einer näheren Bestimmung. Ausnahmsweise kann es vorkommen, daß die durch eine Handlung des Schuldners herbeigeführte Unmöglichkeit der verschuldeten Unmöglichkeit gleichgestellt wird, obgleich auf die Handlung des Schuldners das Prädicat der Verschuldung nicht paßt. Wenn der Ehemann eine in dotem gegebene Forderung dem Schuldner erläßt oder einen Dotalgegenstand verschenkt, so ist dies an sich eine berechtigte Handlung; ein sittlicher Tadel kann völlig ausgeschlossen sein; so z. B. wenn der Schuldner

---

9) Wie wir oben (Note 2) gesehen haben, tritt selbst in solchen Fällen, in welchen das Eintreten der Unmöglichkeit in einem Verschulden des Debitor seinen Grund hat, eine Befreiung desselben ein, wenn es vorliegt, daß der durch die Nichterfüllung der Obligation für den Gläubiger entstehende Nachtheil denselben auch ohne das Verschulden des Debitor betroffen haben würde.

10) L. 5 §. 7. L. 18 pr. D. commodati (13. 6). L. 13 §. 3. D. locati (19. 2). L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7) Andere Beispiele finden sich z. B. in L. 11 §§. 1. 4. L. 12. D. locati (19. 2). L. 3. C. de periculo tutor. (5. 38). — Hierher gehört auch L. 11. D. de negot. gest. (3. 5); in dem daselbst referirten Fall hat nämlich der negotiorum gestor die Gränzen der negotiorum gestio überschritten, so daß ein dadurch entstandener Schaden nicht als ein unverschuldeter betrachtet werden kann.

ein naher Verwandter ist, der durch die Beitreibung der Forderung zum Concurs getrieben wäre. Auch haben die römischen Juristen für diese Fälle die Ausdrücke: dolus und culpa vermieden; sie nehmen aber dessenungeachtet eine Befreiung des Schuldners nicht an. [11]) Der hierbei obwaltende Gesichtspunkt ist ohne Zweifel folgender: wer freiwillig sich in die Unmöglichkeit versetzt, eine Leistung vorzunehmen, der übernimmt dadurch die Erstattung des Nachtheils, welcher dem Gläubiger daraus entsteht. — Es ist also hier immer vorauszusetzen, daß der Schuldner, welcher eine solche Handlung vornimmt, mit der ihm obliegenden Verpflichtung bekannt, oder daß sein Nichtwissen ein solches ist, welches rechtlich nicht berücksichtigt wird.

Fassen wir in der angegebenen Weise die Bedingungen der Befreiung des Schuldners durch eine nachfolgende Unmöglichkeit auf, so leuchtet es ein, daß man nicht bestimmte Ereignisse als solche aufführen kann, welche schlechthin und in allen Fällen den Schuldner befreien.

Die Untersuchung, ob in dem concreten Fall die Leistung unmöglich geworden ist, kann nie umgangen werden. Aber auch die zweite Frage, ob es an einer dem Schuldner zuzurechnenden Verschuldung fehlt, läßt

11) L. 49. D. de je. dot. (23. 3). L. 66 §. 6. D. sol. matr. (24. 3). Aus der ersten Stelle geht namentlich hervor, daß die römischen Juristen es vermeiden, den Begriff der Verschuldung auf diese Fälle anzuwenden. Es wird gesagt, wenn der Ehemann die Forderung nicht erlassen habe und der Schuldner insolvent geworden sei, so werde gefragt, ob den Ehemann in der Beitreibung der Forderung eine Verschuldung treffe; wenn er dagegen die Forderung erlassen habe, so trage er immer den Nachtheil, wie wenn er das Geld eincassirt und darauf dem Schuldner geschenkt hätte. — Das oben Bemerkte bezieht sich übrigens nur auf solche Handlungen, welche außerhalb der Gränzen der eigentlichen Vermögensadministration liegen. Deshalb reichen bei solchen Verwaltern, welche nicht, wie der Ehemann, zugleich ein eigenes Recht an den zu verwaltenden Gegenständen haben, die gewöhnlichen Grundsätze über die Verschuldung völlig aus. Hat der Verwalter eines fremden Vermögens sich durch eine Handlung, welche seiner Ansicht nach in der Administration liegt, z. B. durch eine Veräußerung, außer Stand gesetzt, einen der zur Verwaltung ihm übergebenen Gegenstände zu restituiren, so fragt es sich nur, ob ihn in Betreff dieser Handlung, etwa auch wegen Ueberschreitung seiner Administrationsbefugnisse, eine Verschuldung trifft. Ist dies nicht der Fall, so ist er von der Verpflichtung, den zur Frage stehenden Gegenstand zu restituiren, befreit; seine Verpflichtung beschränkt sich alsdann darauf, das durch die Handlung Erworbene herauszugeben.

sich aus der Natur des Ereignisses allein nicht beantworten. Es giebt kein Ereigniß, welches unter allen Umständen die Möglichkeit einer Verschuldung des Debitor, auch einer bloß mittelbar einwirkenden, auszuschließen vermöchte. Dies gilt selbst in Ansehung derjenigen Naturereignisse, deren Eintreten weder durch menschliche Thätigkeit gefördert, noch durch menschliche Vorsicht oder Kraft abgewendet werden kann. [12]) — Dessenungeachtet kann der Natur des Ereignisses, was die Frage wegen der Verschuldung betrifft, nicht alle Bedeutung abgesprochen werden. Es giebt Ereignisse, deren Eintreten, sei es durch das Plötzliche und Unerwartete desselben, sei es durch die Gewalt, welche ihnen einwohnt, dem Schuldner regelmäßig nicht zugerechnet werden kann; dahin gehören die vorher erwähnten Naturereignisse, aber auch Ereignisse, welche von Menschen ausgehen, wie Raub und feindlicher Ueberfall. — Ist das Ereigniß nun ein solches, so ist dies für die Beweisfrage in Betreff der Verschuldung allerdings von Wichtigkeit, indem der Debitor dann einen besonderen Beweis seiner Schuldlosigkeit nicht zu führen braucht.

Damit hängt noch ein Anderes zusammen. Wir haben oben bemerkt, daß es nicht darauf ankomme, in welcher Beziehung die Verschuldung zu der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung steht, insofern nur ein Causalnexus zwischen beiden vorhanden ist. Dies gilt jedoch nur, was die Haftung, nicht was die Beweisfrage betrifft. Der Schuldner braucht nur zu beweisen, daß ihm weder das Eintreten des Ereignisses, noch auch die nicht erfolgte Abwehr desselben zur Last falle. — Liegt dies vor, so ist es Sache des Gläubigers, darzuthun, in welcher Verbindung ein früheres Verschulden des Debitor mit der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung steht.

Die Regel, daß die ohne Verschulden des Debitor eintretende

12) Ein solches Ereigniß ist z. B. das Erdbeben; die durch ein Erdbeben eingetretene Unmöglichkeit der Leistung kann aber dessenungeachtet eine verschuldete sein, wenn es z. B. Schuld des Debitor war, daß die Sache an einem Orte sich befand, wo das Erdbeben seine Wirkungen äußerte. — Umgekehrt kann auch daraus, daß der Schuldner unmittelbar durch eine eigene Handlung die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, nicht unbedingt auf eine ihm zuzurechnende Verschuldung geschlossen werden; vergl. L. 96. D. de V. O. (45. 1). L. 53 §. 3. D. de leg. 1 (30). L. 1 §. 47. D. depositi (16. 3).

Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung befreit, bildet die Grundlage für die praktische Behandlung der nachfolgenden Unmöglichkeit. Es lassen sich aber nicht alle Wirkungen derselben durch diese Regel bestimmen.

Bei den gegenseitigen Obligationen ergiebt sich aus derselben nur, daß der Schuldner durch die Unmöglichkeit von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird; die gedachte Regel giebt aber keinen Aufschluß darüber, wie es mit der Gegenleistung verhalten werden soll.

In der letzteren Beziehung tritt je nach der verschiedenen Natur der Obligation und der Leistung, auf welche dieselbe gerichtet ist, eine verschiedene Behandlung ein. Die unmöglich gewordene Leistung wird in einigen Fällen als erfüllt angesehn, so daß dem Schuldner, ungeachtet er selbst nicht zu leisten braucht, doch sein Recht auf die Gegenleistung erhalten bleibt. In anderen Fällen einer nachfolgenden casuellen Unmöglichkeit wird das ganze obligatorische Verhältniß aufgehoben, so daß mit der Leistung auch die Gegenleistung wegfällt. Die letztere Behandlung kommt bei der Sachenmiethe zur Anwendung, die erstere beim Kaufcontract, insofern derselbe perfect geworden ist. Die vor der Perfection ohne Verschulden des Debitor eintretende Unmöglichkeit der Leistung hindert immer das Zustandekommen der Obligation, also auch die Entstehung der Verpflichtung zur Gegenleistung.

Worauf sich diese Verschiedenheit der Behandlung gründet, wird unten zu untersuchen sein.

---

§. 21.

Römische Terminologie. — Neuere Ansichten.

In den Quellen finden wir zwei Ausdrücke, welche in den auf unsere Lehre sich beziehenden Entscheidungen häufig gebraucht werden: **periculum** und **casus**.

Der Ausdruck: *periculum* [1]) bezeichnet im Allgemeinen einen Nachtheil, und zwar gewöhnlich einen solchen, der als ein noch nicht

---

1) Vergl. im Allgemeinen über die Bedeutung dieses Ausdrucks: Hasse, Culpa S. 420 ff.

eingetretener, sondern zu befürchtender betrachtet wird, dasselbe, was wir durch das Wort: Risico, sowie auch durch Gefahr bezeichnen.[2])

Nicht selten wird der gedachte Ausdruck gebraucht, um einen Nachtheil zu bezeichnen, welcher ohne ein Verschulden des Debitor eintritt,[3]) und dann dem **dolus** und der **culpa** entgegengestellt.[4]) An sich aber läßt der Gebrauch des Wortes **periculum** keinen Schluß auf die Veranlassung des Schadens zu, indem es häufig auch zur Bezeichnung eines solchen Nachtheils dient, welcher in einer Verschuldung des Debitor seinen Grund hat.[5]) Demgemäß wird in den Quellen von einem **periculum culpae, negligentiae,**[6]) **cu-**

---

2) Dasselbe wird in L. 1. C. de commod. (4. 23) durch die Worte: fortuna futuri damni ausgedrückt. Uebrigens bezeichnet periculum nicht selten auch einen bereits eingetretenen Nachtheil; vergl. z. B. L. 25 §. 7. D. locati (19. 2). L. 5 §§. 7. 13. D. commodati (13. 6). Ferner bezieht es sich nicht nothwendig auf einen Vermögensnachtheil; es wird auch ein periculum infamiae, existimationis, capitis erwähnt; L. 22. C. ex quib. caus. infamia (2. 12). L. 10. C. depos. (4. 34). L. 21. C. mandati (4. 35). L. 1. C. ad l. Cornel. de fals. (9. 22). — Hier haben wir es mit dem Wort: periculum nur insofern zu thun, als es einen Vermögensnachtheil bezeichnet.

3) So besonders in den Titeln de periculo et commodo rei venditae (Dig. 18. 6. Cod. 4. 48), aber auch in vielen anderen Stellen.

4) L. 17 §. 2. D. de praescr. verbis (19. 5): „dolum et culpam praestandam esse — —, periculum non.“ Fr. Vat. §. 101: „culpam, non etiam periculum praestare.“ Die Entgegenstellung ist an sich nicht präcise; doch bezeichnen die Ausdrücke dolus und culpa auch sonst häufig das damnum dolo vel culpa datum.

5) So ist das periculum der Tutoren, dessen in den tit. Dig. 26. 7 und Cod. 5. 38 sehr häufig Erwähnung geschieht, ein periculum, welches den Vormund nur wegen einer ihm zur Last fallenden Verschuldung trifft. — Wenn es ferner heißt: die actio furti stehe demjenigen zu, cujus periculo res est (L. 14 §. 16. L. 53 §. 2. D. de furtis), so ist darunter der Schuldner gemeint, der für custodia haftet, und dem ein Mangel der custodia, also eine zu prästirende Verschuldung mit Beziehung auf das furtum zur Last fällt. Vergl. L. 14 §§. 10—12. D. de furtis (47. 2). — Ja selbst dann, wenn der Nachtheil durch einen dolus oder eine den Schuldner zur Entschädigung verpflichtende, wenn auch an sich nicht rechtswidrige freie Handlung (S. 234 ff.) herbeigeführt ist, wird der Ausdruck periculum gebraucht: L. 14 §§. 3. 4. D. de furtis (47. 2). L. 19 pr. D. de hered. pet. (5. 3). L. 49. D. de jure dot. (23. 3). L. 66 §. 6. D. sol. matr. (24. 3).

6) L. 39 §§. 12. 14. L. 40. D. de adm. et per. (26. 7). L. 5 §. 7. D. commod. (13. 6): „periculum, quod culpa contigit.“

stodiae[7]) und vis majoris[8]) gesprochen. Selbst dann, wenn es heißt, Jemand habe „omne periculum“ zu tragen, können wir nicht unbedingt annehmen, daß darunter auch der ohne ein Verschulden eintretende Schaden mit befaßt ist.[9])

Wie wenig aus dem Wort: periculum ein Schluß auf die subjective Veranlassung des Schadens gezogen werden kann, geht daraus hervor, daß in einer Reihe von Stellen die Entscheidung der Frage, wen das periculum trifft, davon abhängig gemacht wird, ob dem Debitor eine Verschuldung zur Last fällt oder nicht.[10])

Ebenso wenig können wir aus dem Gebrauch des Wortes: periculum schließen, daß hier von einer wahren Unmöglichkeit der Leistung und einem darin gegründeten Nachtheil die Rede ist. Wenn vom Gläubiger gesagt wird, daß ihn ein periculum treffe, dann ist freilich in der Regel an eine Unmöglichkeit zu denken, weil ein Schaden, der keine Unmöglichkeit zur Folge hat, den Gläubiger fast nie trifft.[11])

---

7) L. 40. D. locati (19. 2). L. un. §. 4. D. furti adv. nautas (47. 5).

8) L. 1. C. de locato (4. 65). Collat. leg. Mos. et Rom. X. c. 9.

9) Gewöhnlich ist dies allerdings der Fall, so in L. 5 §§. 2. 3. D. commod. (13. 6). L. 7 §. 15. D. de pactis (2. 14). Dagegen bezeichnet in L. 4. D. de magist. conv. (27. 8) der Ausdruck: omne periculum nur den Gegensatz gegen den durch dolus und lata culpa entstandenen Schaden. — Anderswo wird er gar nicht mit Beziehung auf die Veranlassung des Schadens gebraucht, sondern mit Beziehung auf den Umfang desselben, und befaßt dann neben dem Nachtheil des gänzlichen Untergangs einer Sache zugleich den der Deterioration; L. 4 §. 1. D. de periculo (18. 6).

10) Vergl. z. B. L. 54 pr. D. de act. empti (19. 1). L. 25 §. 7. D. locati (19. 2). L. 8. C. de pign. act. (4. 24). L. 21. C. de adm. tut. (5. 37). Interessant ist in der obigen Beziehung auch die Vergleichung der L. 19 pr. D. de hered. pet. (5. 3) mit der L. 13 §. 1. D. de lib. causa (40. 12). Nach der ersten Stelle sind die res depositae periculo des Schuldners, weil dieser für den Schaden, der diese Sachen durch seinen dolus oder seine culpa lata trifft, verantwortlich ist. In der zweiten Stelle heißt es, die res depositae seien nicht periculo des Depositars, weil er für den Schaden, den sein vermeintlicher Sclave, der später sich als ein Freier ausgewiesen hat, in Ansehung der res depositae zugefügt hat, nur dann haftet, wenn er selbst zugleich in dolo oder culpa lata war, die Erstattung eines solchen Schadens aber nie von einem Anderen verlangt werden kann, sollte auch durch dessen Handlung der Schaden unmittelbar zugefügt sein.

11) Wo das ausnahmsweise doch der Fall ist, wie beim nauticum foenus, wird auch das Wort periculum mit Beziehung auf den Gläubiger angewendet, ohne daß eine Unmöglichkeit der Leistung zur Frage steht; L. 3. D. de nautico foenore (22. 2).

Anders, wenn vom Schuldner die Rede ist. Hier wird namentlich auch in solchen Fällen, wo eine Unmöglichkeit der Leistung wegen der Natur derselben nicht eintreten kann, wie z. B. bei Geldschulden, gesagt, der Schuldner trage das **periculum**; und dies geschieht eben deshalb, weil das Eintreten einer Unmöglichkeit ausgeschlossen ist, mithin jeder durch etwaige Unglücksfälle entstehende Nachtheil den Schuldner und nicht den Gläubiger trifft. [12])

Aus den bisherigen Erörterungen geht zur Genüge hervor, daß das Wort **periculum** keine bestimmte technische Bedeutung hat, sondern nur im Allgemeinen einen zu befürchtenden Schaden bezeichnet. In jedem einzelnen Fall muß nach dem Zusammenhang entschieden werden, welche Bedeutung dem Worte beizulegen ist. [13])

Hier ist nur noch anzugeben, was, abgesehn von dieser schwankenden Bedeutung des Wortes **periculum**, durch die, mit Beziehung auf Obligationen so häufig vorkommenden Wortverbindungen: **res est alicujus periculo, periculum rei pertinet ad aliquem**, bezeichnet wird, indem dieses für das Verständniß der Quellen von Wichtigkeit ist. [14])

---

12) Vergl. z. B. L. 9 §. 9. D. de reb. cred. (12. 1). L. 34 pr. D. mandati (17. 1). L. 19. C. de usuris (4. 32), ferner die von der dos aestimata handelnden L. 51. D. sol. matr. (24. 3). L. 10. C. de jure dot. (5. 12). — Selbst dann wird gesagt: Jemand trage die Gefahr, wenn es sich nur darum handelt, wen factisch, nicht rechtlich ein Nachtheil trifft. L. 12 pr. D. de furtis (47. 2).

13) In den meisten Stellen macht dies keine große Schwierigkeit; nicht selten ist auch der Gegensatz von periculum und culpa ausdrücklich hervorgehoben. — Hasse a. a. O. bemerkt, daß überdies periculum auch dann auf einen zufälligen Schaden zu beziehen sei, wenn es dem commodum entgegengesetzt und zugleich bemerkt werde, daß Beides, periculum und commodum, bei derselben Hand sein müsse. Dagegen lassen sich jedoch erhebliche Einwendungen machen. Der Satz, daß das periculum und commodum bei derselben Hand sein müsse, gilt auch für den durch levis culpa des Schuldners verursachten Schaden. Denn darauf eben beruht es, daß dem Commodatar und anderen Schuldnern, welche levis culpa zu prästiren haben, regelmäßig die actio furti zusteht. — Nur dann, wenn von dem Gläubiger z. B. dem Käufer gesagt wird, daß ihm das periculum und commodum zufalle, ist das Wort periculum immer in der erwähnten Bedeutung zu nehmen; dies folgt aber nicht sowohl aus dem Gegensatz von periculum und commodum, als vielmehr daraus, daß ein Nachtheil, welcher dem Schuldner zugerechnet werden kann, niemals vom Gläubiger zu tragen ist.

14) Vergl. über die Bedeutung dieser Wortverbindungen besonders Wächter im

Die angeführten Sätze, so wie der gleichbedeutende: **res perit alicui**, werden sowohl mit Beziehung auf den Schuldner, als auch mit Beziehung auf den Gläubiger gebraucht. Vom Schuldner gebraucht, bezeichnen diese Ausdrücke, daß derselbe ungeachtet des eintretenden Nachtheils nicht von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird, mithin, sofern die Leistung unmöglich geworden, den Gläubiger zu entschädigen hat. [15]) Bei gegenseitigen Obligationen wird auch dann gesagt, daß der Schuldner die Gefahr trage, wenn er zwar von seiner Verpflichtung befreit wird, zugleich aber das Recht auf die Gegenleistung verliert. [16]) — Wird dagegen von dem Gläubiger gesagt, daß das **periculum** ihn treffe, so wird dadurch ausgedrückt, daß der Gläubiger keine Entschädigung wegen der verhinderten Erfüllung der Obligation verlangen könne, und doch, sofern die Obligation eine gegenseitige ist, die Gegenleistung präſtiren müsse. [17])

Auf die Bedeutung des Wortes **periculum** mußten wir in der Kürze eingehen, weil das Verständniß mancher Stellen eben auf der richtigen Erkenntniß derselben beruht. Die Art, wie die römischen Juristen sich des Ausdrucks **casus** bedient haben, ist auch insofern von Interesse für uns, als die bis in die neueste Zeit gangbare Darstellungsweise unserer Lehre sich daran angeschlossen hat und daraus erklärt.

Der Ausdruck: *casus*, welcher, soweit er hier in Betracht kommt, gleichbedeutend mit *casus fortuitus* ist, bezeichnet zunächst ein Ereigniß, welches nicht in dem Willen der betheiligten Person seinen Grund hat,

---

Archiv für civil. Pr. XV. S. 99—115, der dieselbe zuerst gehörig festgestellt hat.

15) L. 9 §. 9. L. 11 pr. D. de reb. cred. (12. 1). L. 12 §. 3. D. depositi (16. 3). L. 108 §. 11. D. de leg. 1 (30). L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1).

16) Vergl. L. 1 §. 1. L. 4 pr. §. 1. D. de periculo (18. 6).

17) Vergl. L. 5 §. 7. L. 10 §. 1. D. commod. (13. 6). L. 11 pr. D. de reb. cred. (12. 1), und in Beziehung auf gegenseitige Obligationen besonders: §. 3 I. de empt. (3. 23). L. 15. D. de jure dot. (23. 3). L. 8 pr. D. de periculo (18. 6). L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1).

und steht somit dem: ex voluntate entgegen. [18]) In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck casus besonders im Strafrecht vor, und umfaßt dann zugleich die Fälle der culpa, indem auch hier dem Ereigniß kein auf dasselbe gerichteter Wille zu Grunde liegt. [19])

Insofern von dem Einfluß des Casus auf bereits begründete obligatorische Verhältnisse die Rede ist, hat das Wort casus eine engere Bedeutung. Es bezeichnet nämlich hier ein Ereigniß, welches ohne alle directe oder indirecte Mitwirkung des Schuldners eingetreten ist, mithin dasselbe, was wir ein zufälliges Ereigniß nennen. [20]) Der casus in dieser Bedeutung wird in den Quellen nicht selten der culpa ausdrücklich entgegengestellt. [21])

Die Fälle des casus fallen jedoch keineswegs zusammen mit den Fällen der unverschuldeten Unmöglichkeit. — Auf der einen Seite werden einige Fälle der letzteren, so viel mir bekannt ist, nie als casus bezeichnet, nämlich diejenigen Ereignisse, welche zwar in dem Willen des Schuldners ihren Grund haben, aber doch ihm nicht zur Schuld zugerechnet werden können; imgleichen sind, wenn wir das Wort casus in

---

18) §. 28 I. de rer. divis. (2. 1). L. 1. 5 C. ad. l. Cornel. de sic. (9. 16): „non voluntate, sed casu fortuito." Coll. leg. Mos. et R. tit. I. c. 9—11; vergl. auch L. 78 §. 7. L. 86. D. de leg. 3 (32). — Eine ähnliche Bedeutung liegt dem Ausdruck: casualis conditio zu Grunde, indem casus hier ein Ereigniß bezeichnet, dessen Eintreten nicht von dem Willen der betheiligten Person abhängig ist. L. 6. C. de necessariis (6. 27). L. un. §. 7 C. de caducis toll. (6. 51); vergl. auch L. 33 §. 1. D. de fideic. libert. (40. 5). L. 4. C. de instit. et substit. (6. 25).

19) L. 9. D. de incendio (47. 9): „si modo sciens prudensque id commiserit: si vero casu, id est negligentia —." L. 11 §. 2. D. de poenis (48. 19). §. 3 I. de lege Aquilia (4. 3). — Ebenso wird das Wort: fortuitus gebraucht in L. 11. D. de incendio (47. 9). L. 28 §. 12. D. de poenis (48. 19).

20) Vergl. z. B. L. 18 §. 4. D. commod. (13. 6). L. 10 §. 1. D. de periculo et c. (18. 6). L. 22. C. de negot. gest. (2. 19). Die Worte in L. 2 §. 7. D. de adm. rer. ad civit. (50. 8): „quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest" gehören nicht hierher; es handelt sich in der gedachten Stelle gar nicht um verschuldete oder unverschuldete Ereignisse, sondern um zukünftige Ereignisse, welche wir Menschen, eben weil sie in der Zukunft liegen, nicht voraussehen können. Es dürfte sich daher wohl fragen, ob nicht statt fortuitos: futuros zu lesen sei; vergl. auch L. 1 §. 11. D. de magistr. conven. (27. 8).

21) L. 11. L. 32 pr. D. de negot. gest. (3. 5). L. 1 §. 35. D. depositi (16. 3). L. 9 §. 3. D. locati (19. 2). L. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6).

der engeren Bedeutung verstehen, auch diejenigen Fälle ausgeschlossen, in welchen eine **levis culpa** vorliegt, diese aber wegen der Natur der Obligation nicht zu prästiren ist. [22]) Auf der anderen Seite werden manche Fälle verschuldeter Unmöglichkeit durch den Ausdruck **casus** mit befaßt, indem die den **casus** ausschließende Verschuldung des Debitor lediglich auf das Verhältniß, in welchem die Verschuldung zum Eintreten des Ereignisses steht, und auf das Verhalten des Schuldners bei diesem Eintreten des Ereignisses bezogen wird. [23])

Ueberdies ist die zuletzt angeführte Bedeutung des Wortes **casus** keine durchstehende. Vorzugsweise bezeichnet es immer nur ein von außen her eintretendes Ereigniß im Gegensatz gegen diejenigen Ereignisse, welche in dem Willen des Schuldners ihren Grund haben. Eben deshalb werden, um den Gegensatz gegen die **culpa** schärfer zu bezeichnen, häufig Zusätze gemacht; so wird von einem **casus** gesprochen, der nicht vorhergesehn, nicht abgewehrt werden könne. [24])

---

22) So bedienen sich die Juristen in dem vom Depositum handelnden Pandektentitel, um die Fälle zusammenzufassen, in welchen der Depositar nicht haftet, nicht des Worts casus, sondern negativer Ausdrücke, wie z. B. sine dolo, wo das Wort dolus zugleich die culpa lata umfaßt.

23) Vergl. §. 2 I. quib. mod. re (3. 14). L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7). L. 11. D. de negot. gest. (3. 5). L. 18 pr. D. commodati (13. 6). L. 11 §. 1. D. locati (19. 2). — In diesen Stellen wird von einem casus gesprochen, ungeachtet der Schuldner für die nachtheiligen Folgen des Ereignisses haftet, weil es ihm zur Schuld zugerechnet wird, daß dasselbe den Gegenstand der Obligation betroffen hat. — Derselbe Sprachgebrauch findet sich auch sonst in den Quellen. So wird gesagt: der Untergang einer Sache sei ohne culpa des Schuldners erfolgt, wenn nur das Eintreten des Ereignisses, welches den Untergang herbeigeführt hat, nicht vom Debitor verschuldet, derselbe aber aus dem eben angegebenen Grunde zur Entschädigung verpflichtet ist; L. 13. D. de negot. gest. (3. 5); vergl. über diese Stelle auch oben §. 6 Note 15.

24) L. 13. C. mandati (4. 35): „improvisum casum." L. 6. C. de pign. act. (4. 24): „cum praevideri non potuerint." L. 28. C. de locato (4. 65). L. 18 pr. D. commod. (13. 6): „quibus resisti non possit." L. 4. C. de periculo tutor. (5. 38): „adversus quos caveri non potuit." Besonders wird der Ausdruck: casus manchmal durch den Zusatz: major verstärkt; es wird dadurch, ähnlich wie bei der vis, bezeichnet, daß der casus über die Widerstandskraft des davon Betroffenen hinausgeht; L. 7 pr. D. de edendo (2. 13). §. 2 I. quib. mod. re (3. 14). L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7): „majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest." — Uebrigens wird selbst dann, wenn der Ausdruck casus durch solche Zusätze

Ferner wird gesagt, der **casus** befreie, wenn **custodia** prästirt sei, oder sonst keine Verschuldung den Debitor treffe.[25])

Daß der Ausdruck **casus** keinen scharfen Gegensatz gegen die Verschuldung bildet, hat darin seinen Grund, daß der Begriff nicht bloß negativ bestimmt ist. Sowie man ihn aber in irgend einer Weise positiv bestimmte, war es unmöglich, durch dieses Wort den gedachten Gegensatz genau auszudrücken. Denn die von dem Schuldner zu prästirende Diligenz ist nicht auf ein bestimmtes, für alle Obligationen gleiches Maß zurückgeführt, sondern je nach der verschiedenen Natur der Obligation in verschiedener Weise bestimmt.

Wir haben den Ausdruck **casus** bisher nur in seiner subjectiven Beziehung, im Gegensatz gegen die Verschuldung, betrachtet. Damit jedoch ein Ereigniß den Schuldner von seiner Verpflichtung befreie, ist nöthig, daß dasselbe zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführe.

Eine derartige objective Beziehung liegt an sich nicht in der Bedeutung des Ausdrucks **casus**. Insofern von der Einwirkung des **casus** auf Obligationen die Rede ist, werden allerdings nur solche Ereignisse als **casus** bezeichnet, welche an sich geeignet sind, eine Unmöglichkeit der Leistung herbeizuführen. Ob aber im einzelnen Falle der Ausdruck **casus** zugleich auch eine Unmöglichkeit der Leistung andeutet, hängt von dem Gegenstande der Obligation ab, in Betreff deren von einem **casus** die Rede ist. Ist der Gegenstand eine individuell bestimmte Sache, so ist unter **casus** ein Ereigniß zu verstehen, welches die Leistung unmöglich macht. Ist der Gegenstand ein solcher, welcher wegen seiner Unbestimmtheit nicht durch ein derartiges Ereigniß betroffen werden kann, z. B. Geld, so wird freilich auch der Ausdruck **casus** gebraucht;[26]) auf eine Unmöglichkeit der Leistung wird aber dann selbstverständlich durch diesen Ausdruck nicht hingedeutet.

Die subjective Beziehung des Wortes **casus** ist also die besonders hervortretende; und daraus erklärt es sich auch, daß solche Ereignisse,

---

verstärkt ist, immer der Mangel der Verschuldung nur auf das Eintreten des Ereignisses bezogen; vergl. die beiden zuletzt citirten Stellen.

25) §. 4 I. quib. mod. re (3. 14). §. 5 I. de locat. (3. 24). L. 41 §. 7. D. de fideic. libert. (40. 5): „quae casu ita acciderint, ut servo nihil imputari possit.“ L. 7 pr. D. de edendo (2. 13): „casu, cui ignosci debeat.“ L. 22. D. de negot. gest. (3. 5).

26) §. 2 I. quib. mod. re (3. 14). L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7).

welche zwar eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben, deren Eintreten aber in der Regel nicht ohne eine levis culpa des Schuldners erfolgt, wie z. B. das furtum, in denjenigen Stellen, in welchen eine größere Reihe von Casus genannt wird, nicht mit aufgeführt werden,[27] sowie daß andere Ereignisse, welche nur unter gewissen Umständen dem Schuldner nicht zur Schuld zugerechnet zu werden pflegen, mit einem darauf bezüglichen Zusatz als casus bezeichnet werden.[28])

Aus demjenigen, was über die römische Terminologie bemerkt ist, ergiebt es sich, daß weder der Begriff des periculum, noch der des casus geeignet ist, als Grundlage für die Darstellung der Lehre von den Wirkungen der ohne Verschulden des Debitor eintretenden Unmöglichkeit der Leistung zu dienen. Der erstere Begriff ist denn auch nicht dazu benutzt worden, wohl aber der letztere.

Die Lehre, welche uns hier beschäftigt, ist in Folge davon bis in die neueste Zeit als die Lehre vom Casus bezeichnet, und dieser

27) Nur in L. 30 pr. D. ad l. Falcid. (35. 2) finden wir die furta in einem Verzeichniß von Unglücksfällen mit erwähnt; diese Stelle enthält aber eine Regel, für welche der Gegensatz zwischen einer Verschuldung des Debitor und der Schuldlosigkeit desselben gar nicht in Betracht kommt.

28) So werden in L. 18 pr. D. commod. (13. 6) und L. 23. D. de R. J. (50. 17), in welchen Stellen eine Reihe von casus beispielsweise genannt wird, die fugae servorum mit dem Zusatz aufgeführt: „qui custodiri non solent," dessen Bedeutung aus L. 21. D. de rei vind. (6. 1) sich ergiebt. — Wenn in denselben Stellen nur bei dem zuerst angeführten Beispiel, nicht bei den späteren hinzugefügt wird, daß das Ereigniß ohne eine Verschuldung des Debitor eingetreten sein müsse („quae sine culpa accidunt"), so erklärt sich dies daraus, daß die Juristen nach dem Zusammenhang es nicht für erforderlich hielten, die bei dem ersten Beispiel hinzugefügten Worte auch bei jedem folgenden einzuschalten, und eine schleppende Breite in der Darstellung vermeiden wollten. In der That gilt dieser Zusatz für alle angeführten Beispiele in gleicher Weise. Aus dem Fehlen der Worte bei den späteren Beispielen läßt sich nicht einmal die Folgerung ableiten, daß die letzteren solche Ereignisse enthalten, deren Vorliegen den Schuldner von der Beibringung eines besonderen Beweises der Schuldlosigkeit befreit (S. 236). Dies beweist insonderheit das Beispiel der incendia; vergl. L. 3 §. 1. D. de off. praef. vig. (1. 15). L. 11. D. de peric. et comm. (18. 6).

Anschluß an den römischen Ausdruck hat auf die Darstellung derselben den entschiedensten Einfluß gehabt.

Dies zeigt sich zunächst darin, daß man die Abhandlungen über den Casus regelmäßig mit der Aufstellung eines bestimmt abgegränzten Begriffs begann. Zur Definition bediente man sich derjenigen Zusätze, mit welchen das Wort casus in einigen Stellen versehen ist, um den Gegensatz gegen die levis culpa schärfer hervorzuheben (Note 24). So kam man denn dahin, den Casus als ein Ereigniß zu definiren, welches nicht vorhergesehn, oder, wenn auch vorhergesehn, doch nicht abgewendet werden könne. Es wurde hierbei verkannt, daß dasjenige, worauf es ankommt, ein rein Negatives, der Mangel einer Verschuldung ist, dessen Gränzen sich, da der Gegensatz, die im einzelnen Fall vom Schuldner zu prästirende culpa, ein verschiedener ist, nicht in dieser Weise bestimmen lassen.

Die Aufstellung eines solchen Begriffs mußte dahin führen, auf die Natur des Ereignisses ein überwiegendes Gewicht zu legen. So kam man denn theils zu allerlei unnützen Unterscheidungen, z. B. in vorhergesehene und nicht vorhergesehene, in gewöhnliche, ungewöhnliche und sehr ungewöhnliche Casus, theils stellte man ausführliche Erörterungen an, ob gewisse Ereignisse als Casus zu betrachten seien oder nicht.

Zugleich war es, wenn man in der angegebenen Weise den Begriff des Casus bestimmte, nicht anders möglich, als daß man der Regel, die man über den Casus aufstellte, eine Reihe von Ausnahmen beifügen mußte, welche durchaus nicht den Charakter wahrer Ausnahmen an sich tragen. Wir erwähnen hier nur eine, welche durch diejenigen Fälle gebildet wird, in welchen die Verschuldung des Debitor darin besteht, daß er den Gegenstand der Obligation in eine Lage versetzt, oder in einer solchen Lage hat bleiben lassen, daß das zur Frage stehende Ereigniß denselben treffen konnte. Für diese Fälle wurde der Kunstausdruck: casus mixtus erfunden. [29])

---

29) Alle einzelnen Abhandlungen, in welchen die Lehre vom Casus in der oben angegebenen Weise behandelt wird, namhaft zu machen, ist überflüssig. Ich beschränke mich darauf, ein ausführliches älteres Werk zu nennen, in welchem sich diese Behandlung auf die Spitze getrieben findet: Seb. Medicis, de fortuitis casibus 1578; der erste Theil dieser Schrift enthält die allgemeinen Grundsätze über den Casus, im zweiten Theil werden die einzelnen Casus gesondert aufgeführt und behandelt. — Mehr oder minder erhebliche Nachklänge dieser Behandlung finden sich noch in manchen neueren Schriften, so namentlich auch bei Glück, Pandekten IV. §. 325 ff.

Durch diese Behandlung wurde der wahre Zusammenhang unserer Lehre völlig verdunkelt. — Um die Fehler derselben zu vermeiden, muß man, statt den Begriff des Casus an die Spitze der Lehre zu stellen, von der Unmöglichkeit der Leistung ausgehn, und hiermit als zweites Moment den Mangel einer zu prästirenden Verschuldung in Verbindung setzen. 30) Dabei kann man allerdings die Ausdrücke: Casus und casuelle Unmöglichkeit beibehalten, da sie einmal allgemein üblich geworden sind, auch durch ihre Kürze sich empfehlen; es ist aber durchaus nöthig, von der schwankenden römischen Bedeutung des Wortes abzugehen, und den Casus ganz allgemein als ein Ereigniß zu definiren, welches in dem einzelnen concreten Fall dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann. Alsdann kann man sagen, daß der Casus von der Verpflichtung befreit, wenn er eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt. Wir haben oben (S. 232) bereits bemerkt, daß wir die Ausdrücke Casus und casuelle Unmöglichkeit nur in dem eben angegebenen Sinne gebrauchen werden. 31)

Mit der Benutzung der römischen Terminologie steht in einem, freilich weit entfernteren Zusammenhange noch ein anderer Fehler, welcher auf die Fassung der Regel selbst sich bezieht.

Das Wort casus kommt, wie wir oben gesehn haben, nicht

---

30) In dieser Weise verfahren auch mehrere neuere Schriftsteller, wie Göschen, Vorlesungen II. Abth. 2. §. 458, Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 302, Sintenis, Civilrecht II. §. 106, Arndts, Pandekten §. 274 und Fuchs im Archiv f. civil. Pr. XXXIV. S. 112 ff. S. 411. — Gegen die Art, wie Fuchs S. 113 die Fälle einer unverschuldeten Unmöglichkeit specificirt, lassen sich aber sehr erhebliche Bedenken erheben; er verfällt hier in den Fehler, vor welchem die Abweichung von der früheren Behandlung der Lehre schützen sollte. So führt er z. B. unter den Fällen einer unverschuldeten Unmöglichkeit den Fall an, wenn ein Dritter durch seine Thätigkeit die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, obgleich in diesem Fall ein Verschulden des Debitor keinesweges ausgeschlossen ist; dagegen wird der Fall nicht angeführt, wenn ein Schuldner, welcher nur culpa lata zu prästiren hatte, durch eine culpa levis das Eintreten der Unmöglichkeit veranlaßt hat. — Man muß sich damit begnügen, bei dem Negativen, dem Mangel einer zu prästirenden Verschuldung stehen zu bleiben, ohne die einzelnen Fälle positiv bestimmen zu wollen.

31) In gleicher Weise wird auch schon von Anderen, namentlich von Puchta a. a. O., der Ausdruck: Casus oder Zufall, gebraucht. Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 138 definirt den Zufall ähnlich, macht aber freilich davon in der weiteren Ausführung keinen durchgreifenden Gebrauch.

bloß in Beziehung auf Obligationen vor; es bezeichnet im Allgemeinen ein unabhängig von dem Willen der davon betroffenen Person eintretendes Ereigniß. So kam man denn dahin, aus der Lehre vom Casus eine Lehre von den Unglücksfällen im Allgemeinen zu machen, und eine Regel aufzustellen, welche für alle Verhältnisse, in welchen ein Unglücksfall wirksam sein kann, passen sollte.

Diese Regel lautet: *casum sentit dominus.* Betrachten wir die Regel zuerst in ihrer Beziehung auf die Verhältnisse des Sachenrechts, so ist es richtig, daß durch den Casus, in Folge dessen eine Sache untergeht oder deteriorirt wird, zunächst der Eigenthümer einen Nachtheil erleidet, indem sein Eigenthum aufgehoben oder der Werth desselben vermindert wird. Ebenso versteht es sich von selbst, daß durch den Untergang einer Sache die dinglichen Rechte, welche Anderen an derselben zustanden, aufgehoben werden. Diese Wirkungen treten aber ein ohne Rücksicht darauf, ob das Ereigniß von dem Berechtigten selbst oder einem Dritten ausgeht, ob es in dem Verschulden eines Dritten seinen Grund hat, oder nicht. Der Begriff des Casus als eines zufälligen Ereignisses kommt also in dieser Beziehung gar nicht in Betracht. Nur insofern könnte man die aufgestellte Regel anwenden wollen, als es sich um die etwaigen Entschädigungsansprüche des dinglich Berechtigten handelt. Aber auch hier ist sie völlig unbrauchbar. Ob Entschädigungsansprüche begründet sind, hängt, sofern ein obligatorisches Verhältniß nicht vorhanden war, allein davon ab, ob der Schaden, von welchem der dinglich Berechtigte betroffen ist, in einem Delict oder Quasidelict eines Anderen seinen Grund hat. Für die Frage aber, ob eine Handlung ein Delict oder Quasidelict ist, läßt sich aus dem Begriff des Casus keine allgemeine Regel entnehmen; es kommt nur darauf an, ob die Handlung unter eines der vom Recht anerkannten Delicte oder Quasidelicte fällt.

Wir wenden uns jetzt zu denjenigen Fällen, in welchen durch Casus die Erfüllung einer Obligation gehindert wird. Auch auf diese Fälle wird in den früheren Schriften über den Casus die Regel: **casum sentit dominus**, allgemein angewendet; ja sie ist zunächst in Beziehung auf diese Fälle entstanden.

Die Sache hängt folgendergestalt zusammen. Der Schuldner, welcher dadurch, daß ihm Sachen übergeben sind, zur Restitution verpflichtet ist, kann durch die Hingabe Eigenthümer der Sachen geworden sein oder nicht. Das Erstere ist namentlich beim Darlehn der Fall, bei welchem der Schuldner zugleich die Gefahr trägt. Das Letztere

gilt in Ansehung der übrigen Realcontracte: des Depositum, Commodatum und Pignus; der Gläubiger bleibt hier Eigenthümer der hingegebenen Sachen und trägt zugleich den Schaden, welcher ohne ein Verschulden des Debitor eintritt.

In diesen Fällen trifft also das Eigenthum und das Tragen der Gefahr zusammen, und in der That wird auch in einigen Stellen des römischen Rechts der Satz, daß der Gläubiger die Gefahr trägt, dadurch motivirt, daß er Eigenthümer der hingegebenen Sachen geblieben sei. Daß aber das entscheidende Moment nicht in diesem Umstande liegt, läßt sich ohne Schwierigkeit nachweisen. Dies geht namentlich aus der Lehre von den Condictionen hervor, indem hier der Empfänger das Eigenthum an der ihm übergebenen Sache, auf deren Rückgabe die Condiction gerichtet ist, erhält, dessenungeachtet aber nicht die Gefahr trägt. Ebenso kommen auch umgekehrt manche Fälle vor, in welchen das Eigenthum nicht auf den Schuldner übergeht, und dieser doch die Nachtheile des Casus trägt. Verschiedene Beispiele davon werden unten im §. 24 vorkommen.

Der wahre Grund, weshalb beim Darlehn der Schuldner, bei den übrigen Realcontracten der Gläubiger die Gefahr trägt, liegt allein in der verschiedenen Art und Weise, wie der Gegenstand der Obligation bestimmt ist. Beim Darlehn geht nämlich die Verpflichtung auf Restitution von Sachen, welche nur ihrem Gattungsbegriff nach bestimmt sind, in Ansehung deren also eine Unmöglichkeit der Leistung und somit auch eine Befreiung des Schuldners durch casuelle Unmöglichkeit überall nicht eintreten kann; bei den anderen Realcontracten ist dagegen die Verpflichtung auf die Restitution der bestimmten hingegebenen Sachen gerichtet. — Hätte man nun berücksichtigt, daß zur Befreiung des Schuldners neben dem Mangel einer Verschuldung auch eine Unmöglichkeit der Leistung erforderlich sei, so würde man trotz der gedachten Stellen des römischen Rechts nicht dazu gekommen sein, die Regel: casum sentit dominus aufzustellen; aber eben daraus, daß man sich bei der Darstellung unserer Lehre ganz an den Ausdruck casus anschloß, erklärt es sich, daß die Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Leistung in den Hintergrund trat.

Es fragt sich aber, wie wir es zu erklären haben, daß in einigen Stellen des römischen Rechts das Tragen der Gefahr als eine Folge des Eigenthums bezeichnet ist. Wie mir scheint, macht dies keine Schwierigkeit. Wenn auch das Eigenthum für die Frage, wer die Gefahr trägt, an sich nicht das entscheidende Moment ist, so kann

man doch in vielen Fällen daraus, daß das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen oder nicht übergegangen ist, schließen, ob die hingegebene Sache, wie beim Darlehn, aus dem Obligationsnexus hinausgetreten ist oder nicht, oder mit anderen Worten, ob die bestimmte hingegebene Sache als der Gegenstand der Obligation betrachtet werden kann.

Dies ist aber allerdings von großer Bedeutung, indem ein Casus, welcher die hingegebene Sache trifft, selbstverständlich nur dann einen Einfluß auf die Obligation äußern kann, wenn diese bestimmte Sache den Gegenstand der Obligation bildet. Somit lassen sich denn die wenigen Stellen, in welchen gesagt wird, daß der Gläubiger die Gefahr trage, weil das Eigenthum auf den Schuldner nicht übergegangen sei, auf eine überaus einfache und nahe liegende Weise erklären, ohne daß wir irgend zu der Annahme genöthigt wären, daß in diesen Stellen ein Princip anerkannt sei, welches einer Menge sonstiger Entscheidungen widersprechen würde. 32)

---

32) Der oben angegebene Zusammenhang findet sich klar ausgesprochen in §. 2 I. quib. mod. re (3. 14), wo das Commodat dem Mutuum entgegengestellt und gesagt wird: „namque non ita res datur, ut ejus (cui commodatur) fiat: et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur." — So erklären sich denn auch sehr einfach die L. 9. C. de pign. act. (4. 24): „Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire, in dubium non venit," so wie die gewöhnlich übersehene L. 28 pr. D. de donat. inter V. et U. (24. 1): „Si id quod donatum sit, perierit vel consumptum sit: ejus, qui dedit, est detrimentum: merito, quia manet res ejus, qui dedit, suamque rem perdit." — Wenn in einigen anderen Stellen der Gläubiger, welcher die Gefahr trägt und zugleich Eigenthümer ist, mit dem letzteren Namen bezeichnet wird, nämlich in L. 15 §. 2. D. locati (19. 2) und L. 1. C. de jure emphyt. (4. 66), so kann daraus selbstverständlich nicht der entfernteste Beweis für die Regel: casum sentit dominus entnommen werden. — Wächter im civil. Archiv XV. S. 132 ff. erklärt die L. 9. C. de pign. act. (4. 24) auf andere Weise. Er nimmt nämlich an, daß in dieser Stelle das fortdauernde Eigenthum des Verpfänders nur wegen des Gegensatzes gegen die fiducia pignoris causa ausdrücklich hervorgehoben sei, indem nach dem für die letztere geltenden eigenthümlichen Recht der Pfandgläubiger nicht bloß Eigenthümer der verpfändeten Sache geworden sei, sondern zugleich auch insofern die Gefahr getragen habe, als er durch den Untergang des Pfandobjects seine Forderung verloren habe. Wie mir scheint, bedarf es jedoch, um die L. 9. C. cit. zu erklären, keines Zurückgehens auf das Recht der fiducia; zudem läßt es sich nicht mit Bestimmtheit nachweisen, daß wirklich für die fiducia pignoris causa ein solches Recht gegolten habe, wie von Wächter

Ist nach dem Ausgeführten die aufgestellte Regel schon für die Obligationen auf Restitution nicht zutreffend, so erscheint sie als vollends unbrauchbar in ihrer Anwendung auf diejenigen Obligationen, welche auf ein **dare** oder **tradere** gerichtet sind. Wir beschränken uns, auf die Grundsätze hinzuweisen, welche für die **stipulatio dandi** und den Kaufcontract gelten. Der Promissor, welcher eine Sache zu leisten verspricht, ist Eigenthümer; dessenungeachtet trägt der Gläubiger die Gefahr, indem der Schuldner, wenn ohne sein Verschulden die Sache untergeht, oder sonst eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eintritt, von seiner Verpflichtung befreit wird. Beim Kaufcontract ferner ist, solange nicht tradirt worden, der Käufer noch nicht Eigenthümer; dessenungeachtet verliert er seine Forderung auf Leistung der gekauften Sache, wenn diese ohne Verschulden des Verkäufers untergeht, und muß überdies den Kaufpreis bezahlen. — Freilich suchte man diese Entscheidungen dadurch zu beseitigen, daß man neben der Regel: **casum sentit dominus**, zugleich eine andere, ihr in vielen Fällen widersprechende aufstellte: **debitor speciei liberatur interitu rei.** [33]) Durch die Aufstellung der letzteren Regel, welche richtig verstanden nur eine Anwendung des Grundsatzes enthält, daß die casuelle Unmöglichkeit von der Verpflichtung befreit, wird aber in der That die angebliche Hauptregel als solche völlig aufgehoben.

Die Unrichtigkeit der Regel: **casum sentit dominus**, ist zuerst durch Wächter [34]) ausführlich und gründlich dargethan; dessenungeachtet haben manche unserer bedeutenderen Rechtslehrer auch noch nach dem Erscheinen der Wächterschen Abhandlung die Regel nicht

---

angenommen wird. — Eine Stelle, in welcher der Uebergang des Eigenthums auf den Schuldner als Grund dafür, daß er die Gefahr zu tragen habe, angeführt wird, findet sich, so viel mir bekannt ist, in den Quellen nicht. In L. un. §. 15. C. de rei uxoriae act. (5. 13) wird mit Beziehung auf die dos aestimata nur gesagt, daß Eigenthum und Gefahr bei dem Ehemann sei; das Eigenthum wird aber nicht als Grund für das Tragen der Gefahr angeführt.

33) Brandenburg, principia generalia de damno casuali 1793 hilft sich in anderer Weise, indem er die Regel selbst modificirt. Nach ihm trägt derjenige den casuellen Schaden, dem ein Recht in Beziehung auf die Sache zusteht, dessen Ausübung durch den Casus gehindert wird; wenn die Sache durch einen Casus untergeht, verliert also der Eigenthümer das Eigenthum, der Gläubiger das Forderungsrecht.

34) Im Archiv f. civil. Pr. XV. Nr. 6 und 9.

völlig aufgeben wollen. [35]) Die Zahl derer, welche sie verwerfen, ist jedoch überwiegend. Von diesen sind andere Regeln an die Stelle gesetzt. Dieselben beziehen sich, soweit sie von der, von uns aufgestellten Regel abweichen oder darüber hinausgehen, vorzugsweise auf gegenseitige Obligationen, und werden unten (§. 29) angeführt werden. Hier erwähnen wir nur Ein Princip, welches in neuerer Zeit aufgestellt ist, und zugleich für einseitige und gegenseitige Obligationen die Wirkungen der unverschuldeten Unmöglichkeit bestimmen soll. Es besteht darin, daß die ohne Verschulden des Debitor eintretende Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung gleich gelte. [36]) Daß aber auch diese Regel als eine durchgreifende nicht anerkannt werden kann, wird sich weiter unten ergeben.

---

§. 22.

Wirkliche und vermeintliche Ausnahmen von der für die casuelle Unmöglichkeit geltenden Regel. — Fälle wahrer Ausnahmen. — Insonderheit von dem s. g. concursus duarum causarum lucrativarum.

Im §. 20 ist die Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, im Allgemeinen begründet. Ehe wir nun auf die Folgen, welche aus dieser Regel sich ableiten lassen, eingehen, haben wir zuerst den Umfang, in welchem dieselbe zur Anwendung kommt, näher zu bestimmen, oder, was dasselbe sagt, die Ausnahmen von derselben anzugeben.

Die aufgestellte Regel beruht nicht auf einer positiven gesetzlichen Vorschrift; sie wird vielmehr aus einer naturalis ratio hergeleitet, [1]) und eben deshalb auf alle Classen von Obligationen angewendet.

---

35) Dahin gehören Mühlenbruch, Pandekten II. §. 365, Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 138, Schilling, Institutionen III. §. 234.

36) Koch, Recht der Forderungen I. S. 192 ff. Fuchs im Archiv f. civil. Pr. XXXIV. Nr. 5, 10 und 17.

1) Vergl. L. 107. D. de solut. (46. 3), wo die casuelle Unmöglichkeit zu den natürlichen Aufhebungsgründen der Stipulation gezählt wird.

Wie bei den meisten Regeln, fehlt es jedoch auch hier nicht ganz an Ausnahmen. Dieselben sind aber, insofern sie wirklich den Charakter von Ausnahmen an sich tragen, nicht von großer Erheblichkeit.

Zuerst gehört hierher die strengere Verpflichtung, welche den nautae, caupones und stabularii auferlegt ist. Diese Personen haften, wenn sie Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, den Aufgenommenen auf Restitution der Sachen, selbst dann, wenn die Unmöglichkeit der Restitution ohne ihr Verschulden eingetreten ist. Nur dann sind dieselben von ihrer Verpflichtung befreit, wenn sie beweisen können, daß die Unmöglichkeit durch die eigene Schuld des Aufgenommenen oder durch eine von außen her eingetretene vis major herbeigeführt ist. [2])

Die ferneren Ausnahmen beziehen sich ausschließlich oder doch vorzugsweise auf Vermächtnisse. Die eine geht auf den Fall einer durch freie Handlungen des Onerirten herbeigeführten Unmöglichkeit.

Im Allgemeinen wird es anerkannt, daß der besondere Grund der Unmöglichkeit nicht in Betracht kommt, daß demnach auch eine solche Unmöglichkeit, welche durch eine freie Handlung des Schuldners herbeigeführt ist, als Befreiungsgrund gilt, sofern nur dem Schuldner keine von ihm zu prästirende Verschuldung zur Last fällt. [3]) — Das Letztere wird freilich im Allgemeinen nur selten der Fall sein; bei Vermächtnissen kann es jedoch leichter, als in anderen Fällen vorkommen, daß der Schuldner in einer nicht einmal zur levis culpa zurechenbaren Unkunde über den Inhalt des Vermächtnisses sich befindet, und daß daher die Handlung, durch welche er die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, als eine unverschuldete betrachtet werden muß.

Auf diese Fälle bezieht sich die Ausnahme. Es wird nämlich als dem Willen des Testators widersprechend angesehen, daß dessen wohlwollende Absicht durch eine freie Handlung desjenigen, dem er die Ausführung dieser Absicht zur Pflicht gemacht hat, vereitelt werden sollte. [4]) Demgemäß wird der Erbe, welcher, ohne von dem

2) L. 3 §. 1. D. nautae, caupones (4. 9). Puchta, Pandekten §. 314.

3) Vergl. L. 96. D. de V. O. (45. 1). L. 1 §. 47. D. depositi (16. 3). L. 53 §. 3. D. de leg. 1 (30).

4) Daß der in L. 25 §. 2. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) angeführte Grund „ne factum cujusquam alteri damnum adferat," weit über das zu Begründende hinausgeht und noch dazu unrichtig ist, bedarf keiner ausführlichen Darlegung. Hätte das römische Recht den Satz allgemein anerkannt, daß Nie=

Vermächtniß etwas zu wissen, den vermachten Sclaven manumittirt, oder die vermachte Sache ad funus verwendet und so zu einer **res religiosa** macht, nicht befreit; [5]) er ist vielmehr verpflichtet, ein Aequivalent für den Gegenstand des Vermächtnisses zu leisten. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Handlung, durch welche die Unmöglichkeit herbeigeführt ist, dem Erben Vortheil gebracht hat oder nicht, [6]) sowie gleichfalls ohne alle Rücksicht darauf, ob derselbe etwa einen Grund hatte, vor der Vornahme der Handlung Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Sache auch etwa zum Gegenstande einer letztwilligen Disposition gemacht sei. [7])

Die Anwendung dieser Bestimmung setzt nur voraus, daß die freie Handlung des Erben, durch welche die Unmöglichkeit herbeigeführt ist, als eine verschuldete zu betrachten wäre, wenn er Kunde von dem Vermächtniß gehabt hätte. [8]).

Eine fernere Ausnahme, welche sich gleichfalls nur auf Vermächt-

---

mandes Handlung einem Anderen schaden dürfe, so wäre in der That die Lehre von der Zurechnung für das Civilrecht von sehr untergeordneter Bedeutung.

5) §. 16 I. de legatis (2. 20). L. 112 §. 1. D. de leg. 1 (30). L. 25 §§. 2. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1). L. 91 §. 2. D. de V. O. (45. 1) — L. 63. D. de leg. 2 (31). — Ebenso wurde der Fall entschieden, wenn der Erbe, ohne von dem Vermächtniß etwas zu wissen, die vermachte Sache durch Verbindung derselben mit einem Gebäude in eine solche Lage gebracht hatte, daß ihre Leistung unter das Verbot des hierauf bezüglichen Senatsconsults fiel; L. 41 §. 16. L. 42. D. de leg. 1 (30).

6) Vergl. §. 16 I. de leg. (2. 20). L. 112 §. 1. D. de leg. 1 (30).

7) So haftet z. B. der Erbe, wenn die vermachte Sache, über welche er disponirt hat, nicht zur Erbschaft, sondern zu seinem eigenen Vermögen gehörte, obgleich es hier doch regelmäßig an jeder Veranlassung zur Anstellung solcher Nachforschungen fehlt. S. die Stellen der vor. Note. — Nach L. 25 §§. 2. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) wurde selbst dann eine Haftung des Erben angenommen, wenn der Codicill, in welchem das Vermächtniß angeordnet war, erst nach dem Tode des Erben eröffnet werden durfte, — obgleich es in diesem Fall dem Erben gewiß oft unmöglich war, Kunde von dem Gegenstand des Vermächtnisses zu erlangen, und es doch nicht von ihm verlangt werden konnte, daß er sich aller Dispositionen über Erbschaftssachen enthalte. Die erwähnten Gründe mögen denn auch Scävola bestimmt haben, in dem zuletzt gedachten Fall eine dem Onerirten günstigere Ansicht anzunehmen; vergl. L. 89 §. 7. D. de leg. 2 (31).

8) Die Ausnahme bezieht sich daher nicht auf den Fall der L. 53 §. 3. D. de leg. 1 (30).

nisse bezieht, tritt ein, wenn der Vermächtnißnehmer aus factischen Gründen (nicht aus mangelnder Rechtsfähigkeit) den Gegenstand des Vermächtnisses nicht erwerben kann. Auch hier wird der Wille des Testators auf eine dem Vermächtnißnehmer günstigere Weise interpretirt, und der Erbe für verpflichtet erklärt, den Werth des vermachten Gegenstandes zu leisten. [9])

Die in den Quellen am häufigsten erwähnte Ausnahme endlich besteht darin, daß eine auf einer **causa lucrativa** beruhende Forderung dadurch nicht aufgehoben wird, daß der Gläubiger den Gegenstand derselben in Folge eines onerosen Titels erwirbt. Der Gegenstand selbst kann allerdings nicht geleistet werden, der Schuldner ist aber verpflichtet, dem Gläubiger ein Aequivalent zu gewähren.

Diese Ausnahme wird gewöhnlich nicht als solche anerkannt; im Gegentheil wird regelmäßig die Aufhebung einer Obligation durch den s. g. **concursus duarum causarum lucrativarum** als eine durchaus positive Vorschrift des römischen Rechts dargestellt. [10]) — Eben deshalb ist es erforderlich, die aufgestellte Ansicht näher zu begründen.

Wir haben oben (§. 10) gesehen, daß eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen wird, wenn das Recht, auf dessen Leistung die Obligation gerichtet ist, sich bereits im Vermögen des Gläubigers befindet. Dies muß consequenterweise nicht nur für den Fall gelten, wenn dem Gläubiger das Recht schon zur Zeit der Begründung der Obligation zusteht, sondern eben so sehr, wenn er es später erworben hat. In den Quellen wird dies auch anerkannt, indem es heißt: **eadem res saepius praestari non potest.** [11])

---

9) L. 114 §. 5. D. de leg. 1 (30). L. 11 §. 16. D. de leg. 3 (32). Die Stellen beziehen sich zwar auf eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit; doch wird man wohl dasselbe in Beziehung auf die nachfolgende Unmöglichkeit annehmen müssen.

10) So auch von W. Sell in seiner Schrift über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum.

11) L. 34 §. 3. L. 108 §. 4. D. de leg. 1 (30). — Eine völlige Unmöglichkeit der Leistung tritt aber selbstverständlich nur dann ein, wenn der Gegenstand der Obligation auf eine bleibende Weise in's Vermögen des Gläubigers gekommen ist. Ist das vom Gläubiger erworbene Recht nur ein widerrufliches, so ist auch die durch den Erwerb herbeigeführte Unmöglichkeit nur eine zeitweilige, welche schon deshalb eine völlige Befreiung des Schuldners nicht bewirken kann; s. unten §. 25 und L. 82 pr. L. 108 §. 5. D. de leg. 1 (30). L. 83 §. 6. D. de V. O. (45. 1).

Daraus würde folgen, daß immer eine Befreiung des Schuldners eintreten müßte, wenn der Gläubiger den Gegenstand der Forderung auf andere Weise erworben hat; 12) und in der That haben wir dies auch als die Regel anzusehen.

Die Ausnahme, um welche es sich hier handelt, bezieht sich auf den Fall, wenn die Forderung, deren Erfüllung auf die angegebene Weise unmöglich wird, aus einer **causa lucrativa** herrührt. — Hat in diesem Fall der Gläubiger später den Gegenstand der Forderung aus einem anderen Grunde erworben, so fragt es sich, ob dieser Erwerbsgrund gleichfalls ein lucrativer ist oder nicht. Ist Ersteres der Fall, so wird der aufgestellten Regel gemäß die Obligation, deren Erfüllung durch den späteren Erwerb unmöglich geworden ist, aufgehoben; ist dagegen der Erwerbsgrund ein oneroser, so kann zwar die Sache nicht gefordert werden, wohl aber dasjenige, was für ihren Erwerb ausgegeben ist, insofern es nicht den wahren Werth der Sache übersteigt, — dasjenige, **quod creditori abest**. 13)

Diese Grundsätze haben sich ohne Zweifel zuerst für Vermächtnisse ausgebildet, wie denn auch die ganz überwiegende Mehrzahl der Stellen sich auf Vermächtnisse bezieht. Später sind dieselben auf Schenkungen ausgedehnt. Nimmt man dieses an, so erklären sie sich ohne alle Schwierigkeit.

Derjenige, welcher Jemandem eine Sache durch letztwillige Verfügung zuwendet, will im Zweifel nicht nur, daß der Honorirte die Sache erhalte, sondern auch, daß das Vermögen des Honorirten um den Werth dieser Sache vermehrt werde, daß derselbe die Sache unentgeltlich erhalte. Erwirbt nun der Honorirte die Sache auf

12) Vorausgesetzt ist natürlich, daß die Identität feststeht. S. darüber die oben (§. 10 Note 20) citirten Stellen. Hierher gehört auch die L. 10. D. de act. empti (19. 1). Die Klagen, deren in dieser Stelle erwähnt wird, gehen nicht auf Lieferung der verkauften Sache, sondern auf Geldstrafen, indem der Verkäufer, welcher dieselbe Sache an zwei Personen verkauft hat, dadurch, daß beiden die Sache successive evincirt ist, zwei Mal die dupla verwirkt hat. Eben deshalb kann hier eine Unmöglichkeit der Leistung dadurch nicht eintreten, daß der eine Käufer, welcher den andern beerbt, die ihm persönlich verwirkte dupla erhalten hat.

13) §§. 6. 9 I. de leg. (2. 20). L. 17. D. de O. et A. (44. 7). L. 34 §§. 7. 8. L. 82. L. 84 §. 2. L. 108 §§. 4—6. D. de leg. 1 (30). L. 66 §. 1. L. 73. D. de leg. 2 (31). L. 102 §. 2. D. de leg. 3 (32). L. 83 §. 6. D. de V. O. (45. 1).

anderem Wege, und zwar unentgeltlich, so ist kein Grund vorhanden, die Folgen der Unmöglichkeit nicht eintreten zu lassen; der Wille des Testators ist vollständig erreicht, wenn gleich nicht auf dem von ihm beabsichtigten Wege. 14) Hat dagegen der Honorirte die Sache nicht unentgeltlich erworben, so ist der Wille des Testators in der That nur halb erreicht; damit der Wille des Testators vollständig zur Ausführung komme, ist es nöthig, daß dem Honorirten dasjenige, was er für die Sache gegeben hat, quod ei abest, restituirt werde. Erst dann ist er um den Werth der Sache bereichert, wie das vom Testator beabsichtigt war. 15)

Dieser sehr nahe liegenden Erklärung scheint jedoch die Art zu widersprechen, wie die Römer selbst die Sache darstellen, indem, wenigstens in einigen Stellen, eben das besonders hervorgehoben wird, daß durch das Zusammentreffen zweier lucrativer Erwerbsgründe eine Befreiung des Schuldners eintrete. 16) Man könnte daraus schließen, daß dem späteren Erwerb der geschuldeten Sache in allen übrigen Fällen kein Einfluß eingeräumt würde. 17)

Um unsere Ansicht gegen diesen Einwand zu sichern, müssen wir daher auch den Fall ins Auge fassen, wo dem Gläubiger aus einem

---

14) Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der Testator eventuell die aestimatio der Sache dem Vermächtnißnehmer hat zuwenden wollen; L. 21 §. 1. D. de leg. 3 (32). Daraus ist auch die L. 34 §. 2. D. de leg. 1 (30) zu erklären.

15) Auf ähnliche Weise wird der zur Frage stehende Satz begründet von Göschen, Vorlesungen II. Abth. 2 §. 470. A. M. Sell in der oben citirten Abhandlung, der die Wirkung des s. g. concursus duar. caus. lucrat. daraus erklärt, daß das römische Recht reine Vermögensbereicherungen, welche in der Regel mit Vermögensverminderungen auf Seiten des Leistenden verbunden seien, nicht begünstigt habe, — eine Erklärung, welche für die am häufigsten vorkommende Anwendung bei Vermächtnissen gar nicht zutrifft. — Die meisten Rechtslehrer führen den Satz, daß eine Forderung durch Zusammentreffen zweier lucrativer Erwerbsgründe erlische, ohne alle Erklärung an; Thibaut, Pandekten §. 995 nennt denselben geradezu sonderbar.

16) §. 6 I. de leg. (2. 20): „Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse." L. 17. D. de O. et A. (44. 7): „Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset."

17) So bemerkt auch z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 241 Note f: daß der spätere Erwerb der geschuldeten Sache durch den Gläubiger nicht als Aufhebungsgrund der Obligation gelte, werde dadurch bewiesen, daß nur ausnahmsweise die Befreiung eintrete, wenn der Gläubiger das, was er unentgeltlich zu fordern habe, anderswoher unentgeltlich erwerbe.

onerosen Titel ein Anspruch auf eine Sache zusteht, welche er nachher aus einem anderen (lucrativen oder onerosen) Titel erwirbt. Ist unsere Ansicht richtig, so müssen hier die regelmäßigen Wirkungen der nachfolgenden Unmöglichkeit eintreten. Dies wird in der That auch in mehreren Entscheidungen anerkannt.

Die alternative Obligation verwandelt sich dadurch, daß das eine der Objecte, auf welche sie gerichtet ist, in das Vermögen des Gläubigers übergeht, in eine **obligatio speciei**. Dies wird allgemein, ohne Rücksicht auf die dem Erwerb zu Grunde liegende **causa**, ausgesprochen. [18]) Ferner wird das obligatorische Verhältniß zwischen dem Miether und Vermiether als aufgehoben betrachtet, wenn die gemiethete Sache in das Vermögen des Miethers übergeht. [19])

Es können jedoch Umstände eintreten, welche ein gänzliches Austreten des Schuldners aus dem obligatorischen Verhältniß hindern; und eben dies hat neben den in der Note **16** citirten Stellen wesentlich dazu beigetragen, den wahren Zusammenhang der hier zur Frage stehenden Grundsätze zu verdunkeln.

Der Umstand allein, daß der Gläubiger die bereits von einem Nichteigenthümer gekaufte Sache später von dem wahren Eigenthümer zu einem höheren Preise erworben hat, berechtigt ihn allerdings nicht, die Preisdifferenz von dem ersten Verkäufer zu verlangen, im Gegentheil wird der Gläubiger, obgleich der Grund, daß die Unmöglichkeit eintreten konnte, darin liegt, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht fehlte, doch in der Regel eine Entschädigung nicht in Anspruch nehmen können, da er durch seine freie Handlung dem Schuldner die Leistung unmöglich gemacht hat. Es können aber freilich Ausnahmen vorkommen, so z. B. wenn der Schuldner durch seine Mora dem Gläubiger bereits einen Schaden zugefügt oder durch eine ihm zuzurechnende Schuld es veranlaßt hat, daß der Gläubiger, wenn er nicht auf Erlangung der Sache selbst

---

18) L. 16. D. de V. O. (45. 1): „Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex a l i q u a causa, reliquus debetur mihi a te.“

19) L. 9 §. 6. D. locati (19. 2): „Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem....“ Daraus, daß der Miether nicht auf Zahlung des Miethgeldes haftet, folgt, daß auch der Vermiether nicht verpflichtet ist, die Benutzung der vermietheten Sache ferner zu gewähren.

verzichten, oder wenn er den beabsichtigten Vortheil von derselben ziehen will, genöthigt ist, die Sache auf anderem Wege und unter ungünstigeren Bedingungen sich zu verschaffen. [20]) In einem solchen Fall kann selbstverständlich der Gläubiger diesen Schaden ersetzt verlangen, da die Unmöglichkeit sich nur auf die Leistung des Hauptobjects bezieht; und ohne Zweifel kann er sich auch zur Geltendmachung dieser Forderung der Contractsklage bedienen. [21]).

Ferner kann es sich fragen, wie es in Ansehung der Gegenleistung zu verhalten ist. Bei der Sachenmiethe fällt mit der Verpflichtung des Vermiethers zur Leistung auch die des Miethers zur Gegenleistung hinweg; hier entsteht also keine Schwierigkeit. Beim Kaufcontract hingegen wird, wie unten (§. 28) weiter auszuführen ist, der Käufer im Allgemeinen nicht von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises befreit, wenn er auch in Folge einer casuellen Unmöglichkeit die verkaufte Sache nicht erhält. Eine solche Behandlung der Unmöglichkeit würde in dem zur Frage stehenden Fall höchst unbillig sein.

Der Verkäufer hat durch das Eintreten der Unmöglichkeit keinen Nachtheil erlitten. Würde ihm dessenungeachtet die Gegenleistung zuerkannt, so würde dies ein reines **lucrum** für ihn sein; ein solches dem Verkäufer zuzuerkennen, liegt aber um so weniger Veranlassung vor, als das Eintreten einer Unmöglichkeit auf die angegebene Weise ausgeschlossen gewesen wäre, wenn der Verkäufer, wie es mit Recht erwartet werden konnte, eine eigene, und nicht eine fremde Sache verkauft hätte. Demgemäß wird anerkannt, daß der Verkäufer in einem solchen Fall die Gegenleistung nicht in Anspruch nehmen kann, [22]) sowie

---

20) Ein Beispiel wird dies klar machen. A hat dem B versprochen, eine bestimmte Sache zu liefern; für den Fall, daß er diese Sache zu einer festgesetzten Zeit nicht liefern würde, ist eine Conventionalstrafe bedungen. A kauft die von ihm an B zu leistende Sache von C. — Dieser leistet nicht ungeachtet der an ihn ergangenen Mahnung, und nun ist A, um den Nachtheil der Conventionalstrafe von sich abzuwenden, genöthigt, die Sache zu einem höheren Preise zu kaufen.

21) So erklärt sich L. 8 §. 6. D. mandati (17. 1): „... mandavi tibi, ut fundum emeres: . . . si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio."

22) L. 29 pr. D. de evict. (21. 2): „Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret,

daß der Käufer, wenn er den Kaufpreis bereits gezahlt hat, berechtigt ist, denselben zurückzufordern.

Die Klage, durch welche der gezahlte Kaufpreis zurückgefordert wird, müßte consequenterweise die **condictio causa data causa non secuta** sein. Die römischen Juristen ließen jedoch die Contractsklagen in einem sehr weiten Umfange zu. So wurde z. B. dem Miether, wenn durch ein **incendium** dem Vermiether die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich geworden war, die **actio conducti** auf Zurückzahlung des vorausgezahlten Miethgeldes gegeben.[23]) Dem entspricht es durchaus, daß auch in unserem Fall die Contractsklage auf Zurückzahlung des Kaufpreises gegeben wird.

Dieses Resultat wird durch mehrere Stellen bestätigt, insonderheit durch **L. 84. §. 5. D. de leg. 1. (30.)** und **Pauli R. S. II. tit. 17. §. 8.** In der letzten Stelle heißt es:

„**Fundum alienum mihi vendidisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competet mihi adversus te *ad pretium recuperandum* actio ex empto.**“

Hierauf ist auch zu beziehen:

L. 61. D. *de solut.* (46. 3.) *Paul.* l. 5. ad Plautium.

„**In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, *nec quod solutum est, repeti possit,* competit liberatio.**“

In dieser Stelle wird die Befreiung des Schuldners als die Regel aufgestellt; was der von uns vertheidigten Ansicht völlig entspricht. Dasselbe gilt in Betreff der Ausnahmen, welche von der Regel gemacht werden. Die erste („**et tibi nihil absit**“) bezieht sich auf den Fall einer Forderung **ex causa lucrativa**; die zweite Ausnahme („**nec quod solutum est, repeti possit**“), welche freilich nur insofern als Ausnahme betrachtet werden kann, als man die Befreiung nicht allein auf den eigentlichen Gegenstand der Obligation bezieht, betrifft den Fall einer Forderung aus einem onerosen Titel, und es stimmt völlig mit unserer Ansicht überein, daß hier nur von einer Zurückforderung des Gezahlten die Rede ist.[24])

Celsus filius aiebat: quia nec bonae fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem.“

23) L. 19 §. 6. D. locati (19. 2).

24) Vergl. auch L. 29. D. de act. empti (19. 1): „Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit

Aus dem Angeführten erklärt es sich, daß in manchen Stellen die actio ex empto dem Käufer, welcher auf anderem Wege das Eigenthum an der gekauften Sache erlangt hat, zugestanden wird. Diese Stellen geben keine Veranlassung, von der oben aufgestellten Ansicht abzugehen, da wir im Zweifel als Zweck der actio ex empto nur die Wiedererlangung des bereits gezahlten Kaufpreises anzusehen haben.[25])

Durch die obigen Ausführungen dürfte es gerechtfertigt sein, daß wir das, was gewöhnlich als etwas ganz Exceptionelles angesehen

---

consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet." Diese Stelle spricht für die oben aufgestellte Ansicht, wenn man sie mit Glück, Pandekten XVII. S. 221 so versteht: der Käufer kann mit der actio ex empto den Kaufpreis zurückfordern, weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte. Das Wort: habet würde dann den Sinn von haberet haben. — Ein klarerer Zusammenhang würde allerdings hergestellt werden, wenn man das Wort: empto verändern könnte in: testamento; vergl. auch L. 34 §. 7. D. de leg. 1 (30). — Auf das in der L. 29 cit. vorkommende Wort: imprudens ist übrigens im Sinne des Justinianischen Rechts kein Gewicht zu legen, da nach der L. ult. §. 4. C. communia de leg. (6. 43) der Legatar, auch wenn er wußte, daß die Sache unter einer Bedingung vermacht sei, das pretium zurückfordern kann. Nach früherem Recht mochte man in diesem Fall es so ansehen, als ob eine alea Gegenstand des Kaufs gewesen sei.

25) So namentlich in L. 13 §. 15. D. de act. empti (19. 1), wo an ein zu erstattendes Interesse nicht wohl gedacht sein kann, weil der Käufer die Sache aus einer causa lucrativa erworben hat; ebenso in L. 9. L. 41 §. 1. D. de evict. (21. 2). — Eine etwas andere Bewandtniß hat es mit der Entscheidung in L. 19. D. de O. et A. (44. 7): „Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse: sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit: porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent: sicut ex contrario, qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere." Der Ehemann erwirbt allerdings das Eigenthum an den Dotalgegenständen. Der eigentliche Vortheil von der dos fließt aber der Ehefrau zu, der sie demnächst auch restituirt wird. Wer eine Sache als dos verspricht, schenkt daher nicht dem Mann, sondern der Frau; der Mann erscheint als ein gewöhnlicher Creditor oder (im Fall der dos aestimata) als Käufer. Erwirbt nun der Mann auf andere Weise die versprochene Sache, so kann dadurch das Dotalversprechen, welches eine Schenkung an die Frau enthält, nicht aufgehoben werden; der promissor dotis muß nach den für Forderungen ex causa lucrativa geltenden Regeln jetzt den Werth der versprochenen Sachen, im Fall der dos aestimata die verabredete aestimatio geben. Bedenken kann hier nur erregen, daß allgemein gesagt wird, der Creditor oder Käufer behielten „integras actiones," wenn sie nachher aus einer

wird, die Aufhebung der Forderung durch den **concursus duarum causarum lucrativarum** als eine einzelne Anwendung einer allgemeinen Regel, dagegen das Fortbestehen der auf einer **causa lucrativa** beruhenden Forderung ungeachtet des Erwerbs der geschuldeten Sache als eine Ausnahme betrachtet haben.

Es ergiebt sich daraus zugleich, daß der Ausspruch der Quellen, daß zwei lucrative Erwerbsgründe nicht concurriren können, nicht in der Weise gedeutet werden darf, als ob nur in diesem Fall der Erwerb der geschuldeten Sache eine Befreiung des Schuldners herbeiführe. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, daß in denjenigen Stellen, in welchen dieser Grundsatz ausgesprochen wird (Note 16), nur von dem Einfluß des späteren Erwerbs der geschuldeten Sache auf eine Forderung **ex** ***lucrativa*** **causa** die Rede ist. Das **argumentum a contrario** führt also nur zu dem Satz, daß eine lucrative **causa debendi** dadurch ihre Wirksamkeit nicht verliert, daß der Gläubiger die zu leistende Sache später aus einem onerosen Titel erwirbt.

§. 23.

Wirkliche und vermeintliche Ausnahmen von der für die casuelle Unmöglichkeit geltenden Regel. — Mora. — Litiscontestation.

Die in dem vorigen §. angeführten Ausnahmen sind nicht umfassend; sie beziehen sich überdies vorzugsweise auf Vermächtnisse, bei welchen eine freiere, dem Honorirten günstigere Auslegung des Willens des Erblassers zugelassen wurde. Weit umfassender sind einige

---

lucrativen causa den Gegenstand der Forderung erwürben. Man könnte daraus schließen, daß dem Käufer in diesem Fall immer die actio empti zustehe, und zwar nicht nur auf Zurückzahlung des pretium (wovon nur im Fall einer bereits erfolgten Zahlung die Rede sein kann), sondern auf ein Geldäquivalent der versprochenen Leistung. Dies würde jedoch, wie wir gesehen haben, anderen Stellen widersprechen. — Es trifft hier dasselbe zu, wie bei manchen anderen Aussprüchen der römischen Juristen, daß sie nämlich mit Beziehung auf einen einzelnen Fall einen Satz allgemein aussprechen, dem wenigstens in der Weise, wie er ausgesprochen ist, keine allgemeine Geltung zukommt.

andere Ausnahmen, welche gewöhnlich aufgestellt werden. Die Umstände, welche diese Ausnahmen begründen, sind:

1. die Mora des Schuldners,
2. die Litiscontestation,
3. ein auf Uebernahme der Gefahr gerichteter Vertrag, sowie bei Vermächtnissen eine auf Uebertragung der Gefahr auf den Onerirten gerichtete Bestimmung des Erblassers. [1])

Daß in diesen Fällen der Schuldner auch wenn eine Unmöglichkeit eintritt, gewöhnlich Entschädigung zu leisten hat, ist nicht zu bestreiten. Wir haben jedoch die Wirkungen der angeführten Umstände näher zu bestimmen, und zugleich zu untersuchen, ob und inwiefern hier wahre Ausnahmen von der aufgestellten Regel vorliegen.

Mora. In einer Reihe von Stellen wird es anerkannt, daß der Schuldner, welcher in Mora ist, durch das Eintreten einer Unmöglichkeit der Leistung nicht von seiner Verpflichtung befreit wird; auch dann nicht, wenn das Eintreten der Unmöglichkeit, abgesehen von der Mora, ihm nicht zugerechnet werden kann. [2]) — In diesem Satz

1) Wir haben hier solche angebliche Ausnahmen von unserer Regel übergangen, in Betreff deren es klar ist, daß sie zu derselben in keiner Beziehung stehen, wie z. B. die Ausnahme, welche nach den früher gangbaren Ansichten durch die actio de pauperie gebildet wird. Die Verpflichtung, auf deren Erfüllung die actio de pauperie gerichtet ist, kann allerdings entstehen, ohne daß eine Verschuldung vorliegt. Wir haben es aber hier nicht mit den Entstehungsgründen der Obligationen zu thun, sondern damit, ob eine bereits bestehende Obligation durch die casuelle Unmöglichkeit der Leistung aufgehoben wird. Man würde nie dazu gekommen sein, eine derartige Ausnahme aufzustellen, wenn man der Lehre vom Casus nur die ihr zukommende Ausdehnung gegeben, und neben dem subjectiven Moment das objective, die Unmöglichkeit der Leistung, berücksichtigt hätte.

2) Vergl. z. B. L. 5. D. de reb. cred. (12. 1). L. 25 §. 2. D. sol. matr. (24. 3). L. 23. L. 82 §. 1. D. de V. O. (45. 1). L. 4. 6. C. de peric. et commodo (4. 48). In den letzten Stellen heißt es: der Käufer trage das periculum, wenn dem Verkäufer keine Mora zur Last falle; im Fall einer Mora trägt also der Verkäufer das periculum, worunter hier nur der casuelle Schaden gemeint sein kann, da der Käufer einen andern Schaden nie zu tragen hat.

würde eine wahre Ausnahme zu finden sein, wenn die Mora des Debitor keine Verschuldung involvirte, oder wenn der Schuldner auch für einen solchen Schaden verantwortlich wäre, dessen Eintreten in keinem Causalnexus mit der Mora stände.

Eine ausführliche Erörterung dieser Fragen würde über die Gränzen dieser Abhandlung hinausgehen. Wir müssen uns beschränken, die hauptsächlichsten Gründe für unsere Ansicht anzuführen.

Zunächst also fragt es sich, ob die Mora des Debitor eine Verschuldung voraussetzt. Die herrschende Meinung war bisher für die Bejahung dieser Frage, erst in der neuesten Zeit ist dieselbe von mehreren Schriftstellern bestritten worden.[3]) Ich trage jedoch kein Bedenken, im Allgemeinen mich der herrschenden Ansicht anzuschließen. Das Wesen der Mora besteht meines Erachtens darin, daß sie eine willkührliche Verzögerung der Leistung ist, d. h. daß die Verzögerung auf den durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners als Grund zurückgeführt werden kann.[4])

Die Mora setzt also voraus, daß der Schuldner leisten kann.[5]) Von demjenigen, welcher nicht leisten kann, läßt sich nicht sagen, daß die Unterlassung der Leistung auf seinem Willen beruhe. Aber freilich finden solche Umstände, welche vom Recht als Gründe einer wahren Unmöglichkeit nicht anerkannt werden, keine Berücksichtigung.[6]) Der Schuldner kann in diesen Fällen den Vorwurf einer

3) So viel mir bekannt, ist Schömann, Schadensersatz II. S. 10 ff. der erste, welcher die gewöhnliche Meinung bestritt. Ihm sind gefolgt Glück, Pandekten VIII. S. 426, Mackeldey, Lehrbuch §. 345, Puchta, Pandekten §. 269, Sintenis, Civilrecht II. §. 93 Note 50 und Esmarch, de diff. inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam. — Die herrschende Meinung wird dagegen vertheidigt von Ratjen, de mora §. 2, v. Madai, Mora §. 2, Wolff, Mora §. 20 und v. Vangerow, Pandekten III. §. 588 Anm. 1.

4) Das Gemeinsame der Mora des Schuldners und der des Gläubigers besteht meiner Meinung nach eben darin, daß in dem einen Fall die Verzögerung der Leistung, in dem anderen Fall die Nichtannahme derselben in dem Willen der betreffenden Person ihren Grund hat. Von einer Verschuldung des Gläubigers kann man bei Weitem nicht in allen Fällen sprechen, da der Gläubiger nicht in gleicher Weise zur Annahme, wie der Schuldner zur Leistung, verpflichtet ist.

5) L. 5. D. de reb. cred. (12. 1). L. 17 §. 3. L. 23 pr. D. de usuris (22. 1).

6) So erklärt sich L. 137 §. 4. D. de V. O. (45. 1), welche als das Hauptargument für die entgegengesetzte Ansicht benutzt wird.

willkührlichen Verzögerung der Leistung durch die Berufung auf ein Nichtkönnen nicht von sich abwenden, da er rechtlich als einer, welcher leisten kann, betrachtet wird.

Es ist aber nicht genug, daß der Schuldner leisten kann, daß also die Verzögerung der Leistung auf seinen Willen als Grund zurückgeführt werden kann. Dieser Wille muß auch ein solcher sein, dem keine Rechtfertigung oder Entschuldigung zur Seite steht. Demnach wird eine Mora nur dann angenommen, wenn der Schuldner weiß, daß er schuldig ist; dem Wissen steht aber, wie überhaupt (§. 17 Note 19), so auch hier der nicht zu entschuldigende Irrthum, d. h. derjenige Irrthum, welcher auf **culpa lata** beruht (§. **11** Note **11**), gleich.[7] Doch selbst dies genügt noch nicht. Der Schuldner könnte nämlich annehmen, daß es dem Gläubiger noch nicht um die Leistung zu thun sei, daß derselbe die Leistung noch gar nicht erwarte. Dieser Einwand kann selbstverständlich, wenn die Verpflichtung in einem Delict ihren Grund hat, nicht berücksichtigt werden; in den übrigen Fällen der Mora wird demselben aber dadurch begegnet, daß die Interpellation zur Begründung der Mora erfordert wird.[8]

7) L. 5. D. de reb. cred. (12. 1). L. 63. L. 42. D. de R. J. (50. 17); vgl. auch L. 24 pr. D. de usuris (22. 1).

8) Nach heutigem Recht ist allerdings auch bei betagten Forderungen mit dem Eintritt des dies eine Mora anzunehmen; nach den im Verkehr herrschenden Ansichten wird aber bei solchen Forderungen die Leistung eben an dem festgesetzten Tage erwartet, so daß also auch hier der oben erwähnte Einwand abgeschnitten ist. — Die zu Gunsten der Minderjährigen angenommene mora ex re ist meiner Ansicht nach nur ein Zinsprivilegium, eingeführt zunächst für Geldfideicommisse [L. 26 §. 1. D. de fideic. libert. (40. 5)], ausgedehnt sodann auf Geldforderungen aus bonae fidei Obligationen und Legaten; vergl. L. 1 §. 3. D. de usur. (22. 1). L. 5. C. de act. empt. (4. 49) und besonders L. 3. C. in quib. caus. in integr. rest. (2. 41). — Daß allgemein eine Mora der Schuldner Minderjähriger angenommen sei, läßt sich nicht beweisen; auch wäre es dann sehr auffallend, daß in der L. 3. C. cit. nicht auch der Stipulation gedacht ist, bei welcher zwar keine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen, wohl aber andere Wirkungen der Mora eintreten. Gegen diese Ansicht lassen sich auch weder die L. 3 §. 2. D. de adim. leg. (34. 4), welche überhaupt nicht von Wirkungen der Mora handelt, noch die sonstigen Stellen anführen, in welchen von einer mora ex re gesprochen wird; die letzteren Stellen finden durch andere ihre Erklärung und Beschränkung; s. bes. L. 87 §. 1. D. de leg. 2 (31). L. 5 i. f. C. de act. empt. (4. 49). — Dieselbe Ansicht hat Wolff, Mora S. 153 ff. A. M. v. Madai, Mora §. 26. Die s. g. mora ex re zu Gunsten der Minderjährigen

Ebenso werden auch andere Umstände, welche die im Willen des Schuldners begründete Verzögerung der Leistung rechtfertigen können, berücksichtigt. So wird selbst dann eine Mora nicht angenommen, wenn der Schuldner nur deshalb die Leistung aufgeschoben hat, weil er die nöthigen Vorkehrungen, um sich den künftigen Beweis der Leistung zu sichern, nicht zeitig genug hat vornehmen können.[9])

Aus dem Angeführten geht hervor, daß in dem hauptsächlichsten Fall der Mora nicht nur eine **culpa**, sondern ein **dolus** vorliegt, dem allerdings die **lata culpa** auch hier gleichgestellt ist. Denn derjenige Schuldner, welcher leisten kann und doch trotz der Aufforderung des Gläubigers nicht leistet, macht sich eines **dolus** schuldig; vorausgesetzt, daß er sich nicht in einem Irrthum über die Schuld befindet, und daß nicht etwa ganz besondere Entschuldigungsgründe, welche dann aber zugleich den Vorwurf der Mora abwenden (Note 9), vorliegen.[10])

Wenn dessenungeachtet die römischen Juristen die Mora für sich behandeln, und die sonst für die Verschuldung üblichen Ausdrücke seltener auf die Mora anwenden, so hat dies wohl in Folgendem seinen Grund.

---

kommt also hier nicht in Betracht; übrigens wird, damit die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen eintrete, auch in diesem Fall vorausgesetzt, daß der Leistung keine als Gründe einer Unmöglichkeit geltende Hindernisse entgegenstehen, so wie überhaupt wohl die sonstigen Voraussetzungen der Mora (namentlich die Kunde von der Schuld) vorhanden sein müssen. Darauf bezieht es sich, daß auch für diesen Fall gesagt wird, die Verzögerung der Leistung müsse dem Schuldner imputirt werden können. L. 17 §. 3. D. de usur. (22. 1).

9) L. 21. 22. D. de usuris (22. 1).

10) Vergl. L. 36 i. f. D. de peculio (15. 1). L. 1 §§. 22. 47 i. f. D. depositi (16. 3). L. 8 §. 9. D. mandati (17. 1). — Demgemäß sagt auch Julian in L. 63. D. de R. J. (50. 17): „Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere." — In gewisser Weise stimme ich also der Ansicht von Wolff, a. a. O. §. 20, bei, daß die Mora dolus oder culpa lata voraussetzt; doch bedarf diese Ansicht freilich einer näheren Bestimmung; namentlich hat Wolff es unterlassen, die Fälle einer subjectiven Unmöglichkeit, in welchen das Recht eine wahre Unmöglichkeit nicht anerkennt, zu berücksichtigen. — Gegen die Ansicht, daß die Mora als Verschuldung aufzufassen ist, kann man sich auch nicht darauf berufen, daß die Mora des correus debendi dem Mitschuldner nicht schadet, während dies in Ansehung der culpa der Fall ist; L. 173 §. 2. D. de R. J. (50. 17) vergl. mit L. 18. D. de duobus reis (45. 2). S. über diese Stellen Ribbentrop, Correalobligationen S. 28—36.

Wenn von **dolus** und **culpa** in Beziehung auf Obligationen die Rede ist, so handelt es sich regelmäßig um den Einfluß, welchen das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Umstände auf die Verpflichtung selbst hat. Die Mora hat aber als solche auf die bestehende Verpflichtung und deren ursprünglichen Gegenstand keinen Einfluß, sondern zunächst nur die Wirkung, daß der Schuldner neben dem ursprünglichen Gegenstand der Obligation das Gebrauchsinteresse (die **utilitas temporis**) zu prästiren hat. Daraus erklärt sich, daß die Lehre von der Mora in demjenigen Titel der Pandekten erörtert wird, welcher von den Accessionen der Forderungen (**de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora**) handelt. 11)

Ferner wird eine Mora auch dann angenommen, wenn der Schuldner die Obligation nicht erfüllen kann, dieses Nichtkönnen aber als eine wahre Unmöglichkeit nicht betrachtet wird. Hier kann es vorkommen, daß eine Verschuldung dem Debitor in Wahrheit nicht zur Last fällt; es kann Jemand ohne sein Verschulden insolvent geworden sein, und zugleich den Credit verloren haben, der zur Beschaffung einer ihm obliegenden Geldleistung nöthig wäre.

Auf solche Fälle werden aber die auf eine Verschuldung sich beziehenden Ausdrücke nicht angewendet; es wird nicht gesagt, ein solcher Schuldner sei, wenn er nicht erfülle, in **dolo** oder **culpa**. Insofern es sich in solchen Fällen um die Leistung selbst handelt, kann aber auch eine Untersuchung über **dolus** und **culpa** nicht wohl vorkommen; sie ist wenigstens nutzlos, weil der Schuldner angesehn wird als einer, welcher leisten kann, und demgemäß auch die Verurtheilung erfolgt (S. 232). Anders steht es in Betreff der Mora. Da die Wirkung derselben sich nicht auf den Gegenstand der Leistung selbst, sondern auf das Gebrauchsinteresse bezieht, so hat sie auch für diese Fälle ihre Bedeutung.

Der zuletzt erwähnte Umstand kommt für die Bestimmung des Wesens der Mora nicht in Betracht, dürfte aber gleichfalls dazu beigetragen haben, daß die Mora nicht schlechthin als **dolus** oder **culpa lata** bezeichnet wird.

Setzt nun also die Mora ihrem Wesen nach eine Verschuldung

---

11) Diese Wirkung der Mora zeigte sich freilich vorzugsweise bei den **bonae fidei** Obligationen; die strenge Natur der Stipulation ließ eine Erweiterung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation durch die Mora nicht zu.

voraus, so fragt es sich ferner, inwieweit der Schuldner in Folge der Mora verpflichtet ist, den durch das Eintreten einer Unmöglichkeit der Leistung entstandenen Schaden zu tragen. Wir müssen hier zwei Fälle unterscheiden.

Es kann vorliegen, daß das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, den Gegenstand der Obligation nicht betroffen haben würde, wenn die Vornahme der Leistung nicht durch die Mora des Schuldners verzögert wäre. — Alsdann ist die Mora der Grund, daß dem Gläubiger die Leistung entgangen ist; und es ist deshalb, wie es scheint, von keinem römischen Juristen bezweifelt worden, daß der Schuldner in diesem Fall durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung nicht befreit wird. 12) Das Verhältniß der Verschuldung zu dem eingetretenen Nachtheil ist ganz dasselbe, wie in denjenigen Fällen, in welchen der Gegenstand der Obligation durch eine contractswidrige Handlung in eine solche Lage gebracht ist, daß das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte, denselben treffen konnte. Der Unterschied besteht nur darin, daß in dem letzteren Fall der Schuldner eine Veränderung in Beziehung auf die Verhältnisse des Gegenstandes der Obligation rechtswidrig vorgenommen, in dem hier in Betracht kommenden Fall eine solche rechtswidrig unterlassen hat.

Bestrittener ist der zweite Fall, wenn das Ereigniß, welches die Leistung unmöglich gemacht hat, den Gegenstand der Obligation auch dann betroffen haben würde, wenn die Leistung rechtzeitig erfolgt wäre. Hier steht der durch die Unmöglichkeit eingetretene Schaden in keinem Causalnexus mit der Mora, und in der That scheinen einige Juristen, namentlich Sabinus und Cassius, der Meinung gewesen zu sein, daß der Schuldner in diesem Fall von seiner Verpflichtung befreit werde. 13) Andere scheinen eine unbedingte Haftung für den nach der Mora eingetretenen Casus angenommen zu haben. Keine dieser beiden Ansichten ist in unserer Compilation gebilligt, vielmehr ist eine Mittelmeinung angenommen, derzufolge die Verpflichtung des in Mora befindlichen Schuldners, den Werth der geschuldeten Sache zu erstatten, davon abhängig gemacht ist, daß der Gläubiger dieselbe, wenn sie rechtzeitig

12) L. 14 §. 1. D. depositi (16. 3). L. 14 §. 11. D. quod metus c. (4. 2); vergl. L. 12 §. 4. D. ad exhib. (10. 4).

13) L. 14 §. 1. D. depositi (16. 3).

geleistet wäre, hätte verkaufen können. — Diese Meinung scheint auf folgender Erwägung zu beruhen.

Die Mora erzeugt für den Schuldner die Verpflichtung, neben dem ursprünglichen Gegenstand der Obligation auch das Interesse der entzogenen Benutzung desselben zu leisten. Das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, muß nun zwar, insofern es an einem Causalnexus mit der Mora fehlt, den Schuldner von seiner Verpflichtung in Ansehung des ursprünglichen Gegenstandes der Leistung befreien, nicht aber von der Verpflichtung zur Leistung des Gebrauchsinteresse, indem diese Leistung nicht zugleich unmöglich geworden ist. Die Vortheile der Benutzung, welche zu vergüten sind, bestehen aber nicht allein in den etwaigen Früchten, deren Vergütung nicht einmal bei allen Obligationen gefordert werden kann, sondern eben so sehr in dem Nutzen, welcher aus einer sonstigen Disposition über die Sache, z. B. aus der Verwendung derselben zur Abtragung einer Schuld, oder aus dem Verkauf der Sache gezogen werden konnte.

So kommt es denn, daß der Schuldner, welcher sich in Mora befindet, in der Regel den Werth der Sache erstatten muß, nämlich in allen denjenigen Fällen, in welchen der Gläubiger, wenn rechtzeitig erfüllt wäre, den Gegenstand der Leistung hätte verkaufen, und auf diese Weise den Schaden von sich abwenden können. [14])

In dem zuletzt erwähnten Fall ist es also nicht sowohl die ursprüngliche Verpflichtung, auf welche der Debitor ungeachtet der ein-

---

14) Vergl. besonders v. Savigny, System VI. §§. 273. 274. Nur insofern weiche ich von ihm ab, als ich nach der obigen Begründung annehme, daß der Gläubiger, sofern solches nöthig ist, den Beweis, daß ein Verkauf möglich gewesen wäre, beibringen muß. Das Resultat ergiebt sich aus L. 15 §. 3. D. de rei vind. (6. 1). L. 47 §. 6. D. de leg. 1 (30). L. 14 §. 11. D. quod metus causa (4. 2) und L. 57. D. sol. matr. (24. 3), womit auch L. 20 §. 21. L. 40 pr. D. de hered. pet. (5. 3) zu vergleichen sind. — A. M. sind namentlich v. Madai, Mora §. 46 und Puchta, Pandekten §. 268; der letztere jedoch nur insofern, als er im Fall einer Mora ex delicto den Causalnexus für irrelevant hält. Dagegen spricht aber die L. 14 §. 11. D. quod metus causa (4. 2), welche eben den Fall einer Mora ex delicto behandelt. Für den Fall der Mora des Diebes finden wir zwar keine ausdrückliche Anerkennung der oben aufgestellten Sätze; das furtum und die vis, auf welche L. 14 §. 11 cit. sich bezieht, werden aber in Ansehung der durch sie begründeten Mora einander in den Quellen gleichgestellt. L. 1 §. 34. D. de vi (43. 16). L. 1. C. de his, quae vi (2. 20).

getretenen Unmöglichkeit haftet, als vielmehr das Interesse der Benutzung, dessen Leistung nicht unmöglich geworden ist. Dies zeigt sich auch an der Art, wie das Interesse in diesem Fall berechnet wird. Wenn der Schuldner noch zur Leistung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation verpflichtet wäre, so würde er dem Gläubiger den Werth, welchen dieser für ihn (den Gläubiger) gehabt hätte, d. h. den durch die Nichterfüllung dem Gläubiger verursachten Schaden erstatten müssen. Eine solche Verpflichtung liegt dem Schuldner auch unzweifelhaft dann ob, wenn im Fall einer rechtzeitigen Erfüllung der Nachtheil überhaupt nicht eingetreten wäre. In dem hier zur Frage stehenden Fall beschränkt sich aber die Verpflichtung des Schuldners auf die Leistung des Verkaufswerths der Sache, weil er dem Gläubiger nur das Interesse der Benutzung zu erstatten hat, und der Gläubiger auch durch diejenige Benutzung, welche unter den gegebenen Umständen für ihn am vortheilhaftesten gewesen wäre, nämlich durch den Verkauf der Sache, im Zweifel nicht mehr als den Verkaufswerth erlangt haben würde. [15])

Das Singuläre in diesem Fall besteht nur darin, daß schon die bloße Möglichkeit des Verkaufs den säumigen Schuldner zur Erstattung des Werths der Sache verpflichtet, während regelmäßig die Möglichkeit eines Erwerbs allein nicht hinreicht, um die Aufnahme des dadurch entgangenen Gewinns in das zu fordernde Interesse zu rechtfertigen. Hierin liegt allerdings ein besonderer Nachtheil, welchen die Mora für den Schuldner nach sich zieht, aber ein Nachtheil, welcher zu der von uns behandelten Frage in keiner Beziehung steht.

Aus den obigen Ausführungen dürfte es sich demnach ergeben, daß die Fälle, in welchen der Schuldner wegen der ihm zur Last fallenden Mora durch die Unmöglichkeit der Leistung nicht befreit wird, nicht als wahre Ausnahmen von der für die casuelle Unmöglichkeit aufgestellten Regel zu betrachten sind.

Litiscontestation. [16]) Durch die Litiscontestation wird ein quasi-

15) Vergl. bes. L. 15 §. 3. D. de rei vind. (6. 1). L. 57. D. sol. matr. (24. 3). L. 20 §. 21. L. 40 pr. D. de hered. pet. (5. 3).

16) Vergl. v. Savigny, System VI. §. 273, wo die im Text aufgestellte Ansicht ausführlicher begründet ist.

contractliches Verhältniß zwischen den Parteien begründet, welches nach mehreren Stellen darauf gerichtet ist, daß „der Kläger, wenn er den Proceß gewinnt, dasjenige erhalte, was er haben würde, wenn das Urtheil gleich Anfangs hätte gesprochen werden können." [17])

Aus diesem Grundsatz könnte man folgern, daß der Beklagte, welcher den Proceß verliert, in gleicher Weise, wie der Schuldner, dem eine Mora zur Last fällt, für die nach der Litiscontestation eintretende Unmöglichkeit hafte. Die römischen Juristen verkannten diese Consequenz keineswegs. Paulus giebt in der **L. 40 pr. D. de hered. pet.** (5. 3) ausdrücklich zu, daß der gedachte Grundsatz in seiner Consequenz dahin führe, daß man den Beklagten auch im Fall einer nach der Litiscontestation eintretenden casuellen Unmöglichkeit verurtheilen müsse, weil der Kläger, wenn er zur Zeit der Litiscontestation befriedigt wäre, den Gegenstand der Klage hätte verkaufen können. Die Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit von der Verpflichtung befreit, schien jedoch so sehr der natürlichen Billigkeit entsprechend, daß man nur im Fall einer wirklichen Verschuldung diese strenge Verpflichtung eintreten ließ.

Für die dinglichen Klagen wird dies in **L. 40 pr. cit.** ausdrücklich bestätigt. Dieser Stelle zufolge haftet nämlich der **bonae fidei possessor** auch nach der Litiscontestation nicht für den Casus; der **malae fidei possessor** dagegen haftet nach der Litiscontestation ganz in derselben Weise, wie der in Mora befindliche Schuldner. [18]) In der That fällt ihm auch durchaus dieselbe Verschuldung zur Last, indem er die Rechtlosigkeit seines Besitzes kennt und trotz der in der Einleitung des Processes liegenden Aufforderung zur Restitution dieselbe unterläßt.

Ebenso haben wir in Ansehung der persönlichen Klagen anzunehmen, daß die Litiscontestation für sich keine Verpflichtung zur Erstattung des casuellen Schadens begründet; das entscheidende Moment ist bei diesen immer die Mora. [19])

---

17) v. Savigny, System VI. S. 35. — L. 20. D. de rei vind. (6. 1). L. 31 pr. D. de reb. cred. (12. 1).

18) Vergl. auch L. 16. D. de rei vind. (6. 1).

19) Dafür sprechen theils die Grundsätze, welche für die dinglichen Klagen gelten,

§. 24.

Wirkliche und vermeintliche Ausnahmen von der für die casuelle Unmöglichkeit geltenden Regel. — Vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr.

Die Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung zu derselben befreit, gehört nicht dem jus publicum an, sondern, wie die meisten Grundsätze des Obligationenrechts, demjenigen jus, quod pactis privatorum mutari potest. Aus diesem Charakter der Regel ergiebt es sich, daß durch letztwillige Anordnung, so wie durch Vertrag, die Anwendung derselben auf einen einzelnen Fall ausgeschlossen werden kann. Eine wahre Ausnahme kann man deshalb in dem eben angeführten Satze nicht finden.

Ueber die Haftung für den casuellen Schaden in Folge einer letztwilligen Verfügung brauchen wir nur wenig zu bemerken. In der Regel wird der Testator, welcher dem Vermächtnißnehmer den Werth des vermachten Gegenstandes unter allen Umständen zusichern will, alternativ oder für den Fall einer eintretenden Unmöglichkeit der Leistung den Werth des Gegenstandes vermachen. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß auch eine solche letztwillige Anordnung gültig ist, durch welche dem Erben geradezu auferlegt wird, für den casuellen Schaden zu haften. [1])

---

theils auch diejenigen Stellen, in welchen besonders hervorgehoben wird, daß mit der Litiscontestation nicht immer zugleich eine Mora eintrete. L. 24 pr. D. de usuris (22. 1). L. 63. D. de R. J. (50. 17). Dieser Ausspruch hätte gar kein praktisches Interesse, wenn die Litiscontestation als solche schon eine gleich strenge Verpflichtung, wie die Mora, begründete. — In Betreff der actio ad exhibendum, welche freilich in vielen Beziehungen wie die dinglichen Klagen behandelt wird, ist es ausdrücklich anerkannt, daß mit der Litiscontestation keine unbedingte Verpflichtung zum Haften wegen casueller Unmöglichkeit eintrete; L. 7 §. 5. D. ad exhib. (10. 4). Vergl. über die angeregte Frage, so wie die der obigen Ansicht anscheinend widersprechenden Stellen v. Savigny a. a. O. §. 273.

1) Der Testator kann dem Erben sogar die Verpflichtung auflegen, dem Vermächtnißnehmer für den Fall, daß er nach der Erfüllung den Gegenstand des Vermächtnisses verlieren sollte, den Werth der vermachten Sache, oder, falls der Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt war, einen Gegenstand (beziehungsweise eine gleiche Anzahl von Gegenständen) derselben Gattung zu leisten; L. 1 §. 11. D. ut legatorum (36. 3).

Häufiger wird in den Quellen die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr erwähnt. Die Vereinbarung kann direct darauf gerichtet sein, daß der Schuldner für den Casus haften soll. Derselbe Zweck kann jedoch auch dadurch erreicht werden, daß durch eine Vereinbarung an die Stelle des der Natur des Rechtsgeschäfts entsprechenden Objects ein anderes gesetzt wird, in Ansehung dessen eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann.

Die Vereinbarung, derzufolge der Schuldner sich verpflichtet, auch für den Casus zu haften, wird in einer Reihe von Stellen als gültig anerkannt. 2) Die regelmäßige Folge derselben ist, daß der Schuldner, wenn demnächst eine Unmöglichkeit eintritt, sei es auch ohne irgend ein Verschulden von seiner Seite, verpflichtet ist, den Gläubiger wegen der Nichterfüllung der Obligation zu entschädigen. Bei denjenigen gegenseitigen Obligationen, bei welchen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung nur den Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung, nicht aber den Gläubiger von der Verpflichtung zur Gegenleistung befreit, kann jedoch die Uebernahme des periculum casus auch nur die Bedeutung haben, daß der Schuldner für den Fall des Eintretens einer casuellen Unmöglichkeit auf die Gegenleistung verzichtet. 3)

---

2) L. 1. C. de commod. (4. 23). L. 22. C. de negot. gest. (2. 19). L. 7 §. 15. D. de pactis (2. 14). L. 39. D. mandati (17. 1). L. 9 §. 2. L. 13 §. 5. D. locati (19. 2). L. 6 i. f. D. de pactis dotal. (23. 4). — Nach L. 1 §. 35. D. depos. (16. 3) und L. 5 §. 2. D. commod. (13. 6) könnte es scheinen, als ob die vertragsmäßige Uebernahme der Haftung für den Casus beim Depositum nur eine Verpflichtung zur Prästation des durch levis culpa entstandenen Schadens begründe. Die Schlußworte der L. 1 §. 35 cit. sind jedoch ausschließlich auf den zweiten der in dieser Stelle erwähnten Fälle zu beziehen. Wenn ferner in L. 5 §. 2. D. commod. der Fall der von Seiten des Depositars erfolgten vertragsmäßigen Uebernahme von culpa und periculum zusammengestellt wird mit dem Fall, wo der Depositar für die Aufbewahrung einen Lohn erhält, und deshalb culpa levis zu prästiren hat, so bezieht sich dies nur darauf, daß in beiden Fällen eine Abweichung von der Regel eintritt, derzufolge der Depositar nur für culpa lata haftet.

3) Vergl. L. 1 pr. D. de periculo et commodo (18. 6).

Der Schuldner, welcher die Haftung für den Casus schlechthin übernommen hat, haftet in der Regel für jeden Nachtheil, welcher den Gegenstand der Obligation betrifft, einerlei, ob der eingetretene Nachtheil durch menschliche Vorsicht und Kraft hätte abgewendet werden können, oder ob das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, schlechterdings nicht vorhergesehen und abgewehrt werden konnte, und ohne daß man zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Unglücksfällen unterscheiden dürfte.[4])

Die Verpflichtung kann jedoch auch unter Beschränkungen übernommen werden. Dies ist z. B. der Fall, wenn die ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erkennbare Absicht der Contrahenten darauf gerichtet ist, daß der Schuldner nur den durch eine gewisse Art von Ereignissen entstandenen Schaden, auch ohne daß ihm eine Verschuldung zur Last fällt, erstatten soll.[5])

Hierher gehört auch der Fall, wenn das Maß der vom Schuldner zu prästirenden Diligenz durch Vereinbarung der Contrahenten über das nach den gesetzlichen Regeln zu prästirende Maß erhöht wird. Durch einen solchen Vertrag werden nämlich Fälle, welche sonst dem Casus zugerechnet werden müßten, aus demselben ausgeschieden.[6]) —

---

4) Die in früherer Zeit vielfach aufgestellte Ansicht, daß der auf Prästation des Casus gerichtete Vertrag sich im Zweifel nicht auf die ungewöhnlichen Ereignisse oder wenigstens nicht auf die s. g. casus insolitissimi beziehe, wird gegenwärtig mit Recht allgemein verworfen. Dagegen spricht auch die L. 78 §. 3. D. de contr. empt. (18. 1). Wenn nämlich Jemand Getraide auf dem Halm verkauft, und zugleich für den durch Wind und Wetter der Feldfrucht zugefügten Schaden zu haften verspricht, so wird der citirten Stelle zufolge das Versprechen nicht auf die unbedeutenderen Nachtheile, welche selbst in günstigen Jahren durch Regen, Schnee u. s. w. der Feldfrucht zugefügt zu werden pflegen, sondern eben auf diejenigen Nachtheile bezogen, welche durch außergewöhnliche Ereignisse („si immoderatae fuerunt [nives] et contra consuetudinem tempestatis") herbeigeführt werden.

5) L. 30 §. 4. D. locati (19. 2).

6) Umgekehrt kann auch der Umfang der zum Casus zu rechnenden Fälle durch eine darauf gerichtete Vereinbarung erweitert werden, so z. B. wenn die Verpflichtung eines Schuldners, der gesetzlich levis culpa zu prästiren hat, durch Vertrag auf die Prästation der lata culpa beschränkt wird. Ein solcher Vertrag ist gültig, sofern er nicht dem jus publicum widerstreitet. Letzteres ist der Fall in Ansehung des pactum de dolo non praestando, und der Dotalverträge, durch welche die gesetzliche Verpflichtung des Ehemanns auf Prästation des dolus beschränkt wird; L. 6. D. de pactis dotal. (23. 4).

Beispiele sind das Versprechen des Depositars, für **levis culpa** zu haften. [7]) Ferner das Versprechen der **custodia** in solchen Fällen, in welchen nach allgemeinen Regeln keine **custodia** prästirt zu werden braucht.

Das letztere Versprechen wird in einigen Anwendungen besprochen, welche zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben haben. — Wer zur Leistung eines Sclaven verpflichtet ist, hat in der Regel keine **custodia** zu prästiren; [8]) dasselbe gilt von demjenigen, welcher ein ganzes **horreum** vermiethet hat. [9]) Uebernimmt der Schuldner des Sclaven oder der Vermiether des **horreum** dessenungeachtet die **custodia**, so ist er durch dieses Versprechen verpflichtet, dem Gläubiger jeden Nachtheil zu ersetzen, welcher durch eine sorgfältige Bewachung hätte verhindert werden können, auch wenn nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln ihm keine Verschuldung zugerechnet werden kann. Der Schuldner haftet demnach für den Schaden, der durch eine Flucht oder Entwendung des Sclaven, oder durch Erbrechen des **horreum** und Entwendung der in demselben befindlichen Waaren entsteht. Er ist aber selbstverständlich nicht verpflichtet, in einem weiteren Umfange zu haften, als er es versprochen hat, und braucht daher einen solchen Schaden, der auch durch die sorgfältigste Bewachung nicht hätte abgewendet werden können, nicht zu ersetzen. [10])

---

7) L. 1 §. 6. D. depositi (16. 3). Wer sich freiwillig zur Uebernahme eines Geschäfts, in welchem gesetzlich nur culpa lata oder die s. g. culpa in concreto zu prästiren ist, hinzugedrängt hat (se obtulit), wird so behandelt, als habe er die Prästation der levis culpa übernommen; L. 1 §. 35. D. depositi (16. 3).

8) L. 21. D. de rei vind. (6. 1).

9) Anders der horrearius, der die Detention des horreum behält und fremde Waaren zur Aufbewahrung in seinem horreum annimmt; dieser hat allerdings custodia zu prästiren; L. 60 §. 9. D. locati (19. 2).

10) §. 3. I. de empt. (3. 23). L. 5 §. 6. D. commodati (13. 6). L. 55 pr. D. locati (19. 2). — In der ersten Stelle heißt es ausdrücklich: „Sane enim si suscepit (custodiam), ad ipsius periculum is casus pertinet.“ Die Verpflichtung zur Prästation des Casus wird also nicht allgemein ausgesprochen, sondern nur für die Fälle, von welchen im vorhergehenden Theil des §. 3 cit. die Rede gewesen ist, nämlich für die Fälle der Flucht und Entwendung des Sclaven, welche durch custodia abgewendet werden können. — Die Ansicht einiger Schriftsteller, daß derjenige, welcher zur custodia gesetzlich verpflichtet sei, durch ausdrückliche Uebernahme der custodia die Haftung für jeden Casus auf sich nehme, findet in den angeführten Stellen keine Begründung und widerspricht allen Grundsätzen über die Auslegung der Verträge.

Im Bisherigen haben wir nur von der Uebernahme der Gefahr durch den Schuldner gesprochen. Das Versprechen des Gläubigers, den durch eine casuelle Unmöglichkeit entstehenden Schaden zu tragen, hat im Allgemeinen keine Bedeutung, da dieser Schaden schon nach der gesetzlichen Regel den Gläubiger trifft. [11]) Nur in solchen Fällen gegenseitiger Obligationen, in welchen der Gläubiger die Gegenleistung wegen casueller Unmöglichkeit der Leistung zurückhalten kann, z. B. beim bedingten Kauf, ist das Versprechen wirksam, indem es den Gläubiger verpflichtet, die Gegenleistung auch dann zu beschaffen, wenn die Verpflichtung des Schuldners durch Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit aufgehoben wird.

Wir gehen jetzt zu denjenigen Fällen über, in welchen die Vereinbarung nicht auf Prästation des Casus gerichtet, durch dieselbe aber an die Stelle des der Natur des Rechtsgeschäfts entsprechenden Objects ein anderes gesetzt ist, in Ansehung dessen eine Unmöglichkeit gar nicht oder wenigstens nicht so leicht eintreten kann. In diesen Fällen kann von einem Tragen der Gefahr des Casus überall nicht die Rede sein, weil eben das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung durch die getroffene Vereinbarung verhindert wird. Nur deshalb ist es wichtig, auf dieselben einzugehen, weil der wahre Zusammenhang der Sache vielfach verkannt wird.

Vereinbarungen in der angeführten Weise werden in den Quellen vorzugsweise bei Obligationen auf Restitution erwähnt; sie können auch bei anderen Obligationen vorkommen, doch wird dies im Ganzen nur selten der Fall sein. [12])

Das Mittel, dessen die Römer sich am häufigsten bedient zu ha-

---

11) Die pecunia trajectitia gehört nicht hierher. Von einer Unmöglichkeit der Leistung kann in diesem Fall wegen des Gegenstandes derselben nicht die Rede sein; die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung ist aber dadurch bedingt, daß ein bestimmtes, gewissen Gefahren ausgesetztes Object nicht von Unglücksfällen betroffen werde.

12) So wird es z. B. beim Kaufcontract nicht leicht vorkommen, daß der Käufer auf solche Weise sich sicher stellt; es ist hier weit einfacher, für den Fall einer casuellen Unmöglichkeit das Recht auf Zurückhaltung der Gegenleistung sich auszubedingen.

ben scheinen, um die Nachtheile der casuellen Unmöglichkeit vom Gläubiger abzuwenden, bestand darin, daß man statt der hingegebenen Sachen den Werth derselben zum Gegenstande der Leistung des Empfängers machte. Besonders häufig kommt dies bei der dos vor.

Der Ehemann, dem gewisse einzelne Gegenstände, z. B. Hausgeräth, als dos hingegeben sind, hat nach der Natur des Rechtsgeschäfts diese Sachen nach Auflösung der Ehe in specie herauszugeben. Befreit wird er von dieser Verpflichtung, wenn ohne sein Verschulden eine Unmöglichkeit der Restitution eintritt; überdies ist er, wenn die Sachen durch die Benutzung an Werth verloren haben, nur verpflichtet, die deteriorirten Sachen zu restituiren, sofern die Deterioration nicht von ihm verschuldet ist. Damit nun einer solchen Aufhebung oder allmäligen Entwerthung der Dotalforderung vorgebeugt werde, wurde, wie es scheint, nicht selten eine Schätzung der als dos hingegebenen Sachen bei der Hingabe vorgenommen, und unter den Parteien ausgemacht, daß nicht die bestimmten hingegebenen Sachen, sondern die Schätzungssumme das Object der demnächstigen Restitution sein solle.

Diese aestimatio hat die Folge, daß das unwiderrufliche Eigenthum an den hingegebenen Sachen mit Eingehung der Ehe auf den Mann übergeht; er wird als Käufer der Sachen betrachtet. [13]) Zugleich wird dadurch bewirkt, daß der Ehemann von seiner Verpflichtung zur Restitution durch Unglücksfälle, welche die hingegebenen Sachen betreffen, nicht befreit werden kann. [14])

Diese beiden Wirkungen der aestimatio verband man mit einander, und, indem man die zweite aus der ersten ableitete, fand man

13) Daher nennt man die oben erwähnte aestimatio, welche in dem Gegenstande der Obligation eine Veränderung bewirkt, eine aestimatio venditionis causa im Gegensatz der aestimatio taxationis causa, welche nur als Maßstab dienen soll für die Entschädigung, welche der Ehemann zu leisten hat, wenn er in Folge einer nach den allgemeinen Regeln von ihm zu vertretenden Handlung (Unterlassung) nicht in natura sollte restituiren können. Ueber die Auffassung der hier zur Frage stehenden aestimatio als eines unter der Bedingung der Eingehung der Ehe abgeschlossenen Kaufs vergl. L. 10 §. 4. D. de jure dot. (23. 3). Fr. Vat. §. 111. — Das Eigenthum, welches der Ehemann an den res aestimatae erhält, unterscheidet sich von seinem Eigenthum an wirklichen Dotalgegenständen dadurch, daß es ein unwiderrufliches und unbeschränktes ist.

14) L. 10 pr. D. de je. dot. (23. 3). L. 10. C. eodem (5. 12). L. un. §. 9 i. f. C. de rei ux. act. (5. 13); vergl. auch fr. Vat. §. 101.

hier eine unverkennbare Anwendung der Regel: **casum sentit dominus.** Die Unrichtigkeit dieser Argumentation ist jedoch nicht schwer nachzuweisen. Der Grund, weshalb der Untergang der als **dos** hingegebenen Sachen keinen Einfluß auf die Verpflichtung zur Restitution äußern kann, liegt nicht darin, daß das Eigenthum auf den Schuldner übergegangen ist, sondern darin, daß die von dem Casus betroffenen Sachen gar nicht Gegenstand der Obligation sind. Das einzige Object der Obligation ist die Schätzungssumme, deren Leistung durch den Untergang der erwähnten Objecte nicht unmöglich gemacht wird. 15)

Ein anderes Beispiel, ganz ähnlich dem der **dos aestimata,** finden wir bei der Pacht von Grundstücken, indem es hier oft vorkommt, daß der Pächter das Inventar übernimmt, und statt dessen die Summe, zu welcher der Werth des Inventars geschätzt ist (die **aestimatio**), zu leisten verspricht. 16) Auch hier wird der Pächter Eigenthümer des Inventars, und die Geldsumme ist das alleinige Object der Obligation, so daß eine Befreiung von der Verpflichtung durch das Eintreten einer Unmöglichkeit ausgeschlossen ist.

Damit der Gläubiger vor den nachtheiligen Folgen der Ereignisse, welche die hingegebenen Sachen betreffen können, gesichert sei, ist es jedoch nicht erforderlich, daß eine Vereinbarung getroffen sei, durch welche diese Sachen gänzlich aus dem Obligationsnexus ausscheiden. Im Allgemeinen genügt es, wenn der Debitor sich verpflichtet, entweder die hingegebene Sache oder die **aestimatio** derselben zu leisten. Der Untergang der hingegebenen Sache befreit auch in diesem

---

15) Daß das pretium der alleinige Gegenstand der Obligation ist, wird in L. 5. C. de jure dot. (5. 12) sehr bestimmt hervorgehoben. Deshalb bezieht sich auch das Veräußerungsverbot der lex Iulia nicht auf den fundus, welcher geschätzt in dotem gegeben ist; L. 11 i. f. D. de fundo dotali (23. 5). — Die L. 30. C. de jure dot. (5. 12) macht hierin keine Aenderung; sie enthält nur eine anomale Bestimmung, um der Frau für den Fall, daß die geschätzt hingegebenen Sachen bei Auflösung der Ehe sich noch im Vermögen des Mannes befinden sollten, wegen ihrer Dotalforderung eine größere Sicherheit zu gewähren.

16) L. 3. L. 54 §. 2. D. locati (19. 2). Die letztere Stelle kann übrigens auch auf einen solchen Fall bezogen werden, in welchem nur eventuell die aestimatio der hingegebenen Sachen versprochen ist. Diese Beziehung ist aber keineswegs, wie Chambon, Beiträge I. S. 14 ff. meint, die einzig mögliche.

Fall den Schuldner nicht von seiner Verpflichtung, da die Leistung der Schätzungssumme immer möglich bleibt.

Dies wird anerkannt in Ansehung der dos, wenn der Ehemann sich verpflichtet hat, entweder die hingegebenen Sachen oder die aestimatio derselben zu restituiren. [17]) Desgleichen beim Commodat. Wenn es nämlich heißt, daß der Commodatar im Fall einer aestimatio die ganze Gefahr (omne periculum) trage, so kann nur an einen Fall gedacht werden, in welchem derselbe alternativ sich zur Restitution der commodirten Sache oder Leistung der aestimatio verpflichtet hat; die Obligation würde, wenn die aestimatio den alleinigen Gegenstand derselben bildete, eben damit aufgehört haben, ein Commodat zu sein. [18])

In den angeführten Fällen wird allerdings die Schätzung auch als ein Kauf betrachtet. Das Eigenthum der geschätzten Sachen geht aber nicht sogleich auf den Empfänger über; vielmehr wird es so angesehen, als ob der in der Schätzung liegende Kauf erst dann zur Perfection gelange, wenn der hingegebene Gegenstand durch Casus oder auf andere Weise, z. B. durch Ausübung des dem Gläubiger oder Schuldner zustehenden Wahlrechts, aus dem Obligationsnexus ausgeschieden ist. [19]) Wenn es dessenungeachtet anerkannt wird, daß die Gefahr sofort auf den Empfänger übergehe, so haben wir hier einen neuen Beweis von der Unrichtigkeit der Regel: casum sentit dominus.

Im Bisherigen haben wir eine Reihe von Fällen erörtert, in welchen die aestimatio die Wirkung hat, daß sie die Gefahr auf den Debitor überträgt. — Als allgemeine Regel läßt sich dies jedoch nur

---

17) L. 10 §. 6. D. de jure dot. (23. 3). Fr. Vat. §. 114.

18) L. 5 §. 3. D. commodati (13. 6), wozu Chambon, Beiträge I. S. 15 ff. zu vergleichen ist.

19) Vergl. Gajus III. §. 146 und das in Beziehung auf die Schätzung beim Commodat Bemerkte. — Hätte die aestimatio in den zur Frage stehenden Fällen den Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger zur Folge, so müßte auch der Ehemann an der hingegebenen Sache nicht bloß das Eigenthum, wie es ihm an den nicht geschätzten Dotalsachen zusteht, sondern ein unbeschränktes Eigenthum erwerben. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr bezieht sich das Veräußerungsverbot der lex Julia auch auf einen in der oben angegebenen Weise geschätzten fundus, wenn der Ehefrau das Recht der Wahl zusteht; vergl. L. 11. D. de fundo dot. (23. 5). L. 1. C. eodem (5. 23).

für den Fall aufstellen, wenn in Folge der **aestimatio** die hingegebene Sache gänzlich aus dem Obligationsnexus ausgetreten ist. Insofern dies nicht der Fall ist, wird es immer einer genauen Untersuchung der besonderen Umstände des concreten Falls bedürfen, um zu entscheiden, ob die Obligation als eine rein alternative zu betrachten, oder ob die **aestimatio** nur unter gewissen Eventualitäten, und unter welchen, zu leisten ist.

Interessant sind in dieser Beziehung die **L. 17 §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5)**, mit welcher die Entscheidung des **Paulus, R. S. II. tit. 4. §. 4** übereinstimmt, und die **L. 11 pr. D. de reb. cred. (12. 1).** [20])

In der ersten Stelle ist dem Anschein nach eine rein alternative Obligation vorhanden, indem der Trödler sich verpflichtet hat, die zum Verkauf ihm hingegebene Sache oder die **aestimatio** zu restituiren. Nach den Bemerkungen der römischen Juristen soll jedoch auf die näheren Umstände gesehen werden. Was sie dazu bewog, hier nicht in gleicher Weise, wie in den vorher erwähnten Fällen, die Wirkungen einer gewöhnlichen alternativen Obligation allgemein eintreten zu lassen, war wohl die Erwägung, daß das Verkaufsgeschäft im Grunde doch ein Geschäft des Gläubigers sei, und daß im Zweifel nicht angenommen werden könne, daß derjenige, welcher für einen Anderen und in dessen Interesse die Ausführung eines Geschäfts übernehme, die Verpflichtung zur Haftung für alle, auch die casuellen Unglücksfälle, welche die Sache betreffen könnten, habe übernehmen wollen. Demgemäß wird, wenn die Aufforderung zu dem Geschäft von dem Gläubiger ausgegangen ist, angenommen, daß der Empfänger der Sache durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit von seiner Verpflichtung befreit wird, und daß die Schätzung nur den Zweck hat, als Maßstab für die Leistung des Empfängers in denjenigen Fällen zu dienen, in welchen die Restitution der Sache aus anderen Gründen, z. B. wegen einer verschuldeten Unmöglichkeit, nicht erfolgt. — In gleicher Weise wird der Vertrag ausgelegt, wenn es nicht vorliegt, von welcher Seite der erste Anstoß zum Geschäft ausgegangen ist. [21])

---

20) Eine ausführlichere Erklärung dieser Stellen findet sich bei Koch, Recht der Forderungen I. S. 222 ff., dem ich in einigen Beziehungen mich angeschlossen habe. Ueber die L. 17 §. 1. D. cit. vergl. auch Chambon, Beiträge I. S. 88 ff.

21) A. M. Koch a. a. O., welcher annimmt, daß der Empfänger in diesem Fall

Dagegen tritt eine andere Auslegung des Vertrages ein, wenn der Empfänger den Gläubiger zu dem Geschäft aufgefordert hat. Da der Schuldner in diesem Fall, wie aus den Umständen hervorgeht, das Geschäft nicht sowohl in dem Interesse des Gebers, welcher überall kein Geschäft mit der hingegebenen Sache beabsichtigte, als vielmehr in eigenem Interesse unternimmt, so fällt alle Veranlassung hinweg, statt der buchstäblichen Auslegung des Vertrages die obige, dem Empfänger günstigere Interpretation anzunehmen. Die Obligation wird demnach wie eine gewöhnliche alternative Obligation behandelt, so daß der Empfänger auch im Fall eines casuellen Untergangs der hingegebenen Sache die Schätzungssumme zu leisten hat. [22])

Der in der zweiten Stelle, der **L. 11 pr. D. de reb. cred. (12. 1)** behandelte Fall ist folgender: ich gebe Jemandem, der mich um ein Darlehn bittet, eine Sache, daß er sie verkaufe, und den Kaufpreis als Darlehn behalte. Daß hier nach geschehenem Verkauf das aus demselben gelöste Geld unter allen Umständen zu restituiren ist, versteht sich von selbst; wie aber, wenn die Sache untergeht, ehe ein Verkauf zu Stande gekommen ist? — Man sollte glauben, daß dann von einer Verpflichtung zur Zahlung des Werthes nicht die Rede sein könne, indem diese Verpflichtung eine durch den geschehenen Verkauf bedingte zu sein scheint. Dies wird auch für den Fall angenommen, wenn der Geber die Sache verkäuflich hatte; hier beabsichtigte derselbe ein Geschäft, und der Empfänger erscheint, was den Verkauf der hingegebenen Sache betrifft, nur als Mandatar des Gebers, wird also durch die casuelle Unmöglichkeit befreit. Wenn dagegen der Geber die Sache nicht verkäuflich hatte, so ist der Empfänger immer zur Zahlung des Werthes verpflichtet. Da der Empfänger hier die Sache erhält, lediglich um in eigenem Interesse ein

---

nur für dolus und culpa lata haftet. Innere Gründe sprechen nicht für diese Ansicht; zudem widerspricht es dem regelmäßigen Sprachgebrauch in den Quellen, den Ausdruck culpa allein auf die culpa lata zu beziehen, wenn, wie in dem vorliegenden Fall, neben der Haftung wegen dolus eine Haftung wegen culpa erwähnt wird („ut dolum et culpam mihi praestes“).

22) In der L. 1 §. 1. D. de aestimat. (19. 3) heißt es mit Beziehung auf den s. g. Trödelvertrag ganz allgemein, daß die aestimatio die Gefahr auf den Empfänger übertrage; die gedachte Stelle ist jedoch, wie jetzt auch allgemein angenommen wird, nach Maßgabe der oben erklärten L. 17 §. 1. D. de praescr. verb. restrictiv zu interpretiren. An einen eigentlichen Widerspruch ist nicht wohl zu denken, da beide Stellen denselben Verfasser haben.

Geschäft mit derselben vorzunehmen, so wird seine Verpflichtung in einer strengeren Weise aufgefaßt, als in dem Fall, in welchem er die Sache nur als Mandatar des Gläubigers, welcher selbst ein Geschäft mit der Sache beabsichtigte, zu verkaufen hatte. Es liegt dieser Entscheidung also eine ähnliche Erwägung zu Grunde, wie der Entscheidung des einen Falles in der **L. 17 §. 1. D. de praescr. verb.** Es kann jedoch hier weit eher einem Zweifel unterliegen, ob diese Auslegung des Vertrages auch immer dem wahren Willen der Paciscenten entspricht, da sie nicht in gleicher Weise, wie die Entscheidung der **L. 17 §. 1 cit.**, durch den Wortlaut des Vertrages unterstützt wird. [23])

Aus den erwähnten Entscheidungen geht hervor, daß die Bedeutung der **aestimatio** in denjenigen Fällen, in welchen das hingegebene Object nicht ganz aufhört, Gegenstand der Obligation zu sein, je nach den Umständen des concreten Falls zu bestimmen ist. Dies ergiebt sich gleichfalls aus der Entscheidung, welche uns in der **L. 52 §. 3. D. pro socio (17. 2)** mitgetheilt ist. Wenn nämlich Jemand einem Anderen ein Stück Vieh geschätzt in die Weide gegeben hat, und zwar **societatis contrahendae causa**, indem z. B. die Verabredung getroffen ist, daß die aus dem demnächstigen Verkauf gelöste Summe beiden gemeinschaftlich werden soll, so wird der **L. 52 §. 3 cit.** zufolge durch die Schätzung die Gefahr des Casus nicht auf den Käufer übertragen; derselbe ist vielmehr von jeder Verpflichtung befreit, wenn ohne sein Verschulden das hingegebene Thier gestorben ist. Im

---

23) In der L. 4 pr. i. f. D. de reb. cred. (12. 1) wird derselbe Fall, wie in der oben erklärten L. 11 pr. D. eodem erwähnt; doch wird nicht näher auf denselben eingegangen, und dies wird der Grund sein, weshalb in dieser Stelle nicht dieselbe Unterscheidung, wie in der L. 11 pr. gemacht wird. Da beide Stellen von Ulpian herrühren, ist ein Widerspruch nicht wahrscheinlich. — Die Entscheidungen in der L. 11 pr. D. de reb. cred., wie in der L. 17 §. 1. D. de praescr. verb. enthalten zugleich einen entschiedenen Beleg für die Unrichtigkeit der Regel: casum sentit dominus. Der Trödler, so wie derjenige, welcher die aus dem Verkauf gelöste Summe als Darlehn haben soll, wird nämlich nicht sogleich Eigenthümer der ihm übergebenen Sache, auch dann nicht, wenn er durch den casuellen Untergang der Sache von der Verpflichtung, den Werth derselben zu leisten, unter keinen Umständen befreit wird. S. oben Note 19. A. M. ist Puchta, Pandekten §. 313; die L. 3. D. locati (19. 2), auf welche er sich beruft, handelt jedoch von einem Fall, in welchem die aestimatio den alleinigen Gegenstand der Obligation bildet. S. Note 16.

Zweifel muß man nämlich annehmen, daß die Contrahenten, welche eine Societät abgeschlossen haben, in den Nebenbestimmungen nicht ganz über die Natur der Societät haben hinausgehen wollen; dieser würde es aber entschieden widerstreiten, eine solche Verpflichtung anzunehmen, derzufolge der Empfänger allein den casuellen Schaden zu tragen hätte. Die aestimatio ist jedoch, wenn sie auch die Gefahr des Casus nicht auf den Empfänger überträgt, keineswegs ohne Bedeutung. Sie wird vielmehr als wirksam betrachtet, insoweit dies mit der Natur der Societät sich vereinigen läßt. Der Empfänger hat daher im Fall einer Schätzung nicht, wie sonst bei der Societät, nur für die culpa in concreto, sondern für levis culpa zu haften.

In anderen Fällen, welche in den Quellen erwähnt werden, besteht die Verabredung darin, daß der Empfänger die hingegebenen Sachen nicht, wie es der Natur des Rechtsgeschäfts entsprechen würde, in specie, sondern in genere zu restituiren hat. Hier bildet die species, wenn sie auch nicht immer sogleich in das Eigenthum des Empfängers übergeht, nicht den ausschließlichen Gegenstand der Obligation; ein Casus, der die hingegebene Sache betrifft, macht daher die Leistung nicht unmöglich, und befreit somit auch nicht von der Verpflichtung.

Ein Beispiel ist das s. g. depositum irregulare. [24])

Ein anderer Fall kommt häufig bei der Landpacht vor, indem der Pächter sich verpflichtet, das auf dem gepachteten Grundstück befindliche Vieh nach Ablauf der Pacht in gleicher Zahl und Güte zu restituiren. [25])

Bei der locatio operis kann etwas Aehnliches vorkommen. Der Arbeitsherr, welcher Material hingiebt, kann nämlich mit dem Redemptor

---

24) Vergl. darüber v. Vangerow, Pandekten III. §. 630. Ein solches wird unter Umständen selbst ohne ausdrückliche Verabredung angenommen, während sonst im Zweifel immer anzunehmen ist, daß die Contrahenten nicht über die Natur des beabsichtigten Rechtsgeschäfts haben hinausgehen wollen.

25) In den Quellen wird dieser Vertrag nicht erwähnt. Ganz dieselbe Natur hat jedoch der in L. 18. D. de jure dot. (23. 3) und L. 66 §. 3. D. sol. matr. (24. 3) erwähnte Vertrag, durch welchen der Ehemann, welchem Sclaven übergeben sind, sich verpflichtet, nach Beendigung der Ehe eben so viele Sclaven von gleicher Güte zu restituiren.

die Vereinbarung treffen, daß dieser aus dem hingegebenen Material oder aus anderem von gleicher Güte das Werk herstelle. Man könnte glauben, daß hier ähnliche Erwägungen eintreten müßten, wie bei dem s. g. Trödelvertrag. Der Fall ist aber durchaus verschieden. Beim Trödelvertrage behält die aestimatio, auch wenn die Gefahr nicht auf den Schuldner übergeht, eine nicht geringe Bedeutung und einen Werth auch für den Gläubiger, indem sich danach die Größe seiner Forderung bestimmt, für den Fall, daß das hingegebene Object vom Trödler verkauft ist oder wegen einer demselben zur Last fallenden Verschuldung nicht restituirt werden kann. Die hier in Frage stehende Verabredung enthält, wenn man annimmt, daß der Redemptor durch die casuelle Unmöglichkeit der Benutzung des hingegebenen Materials befreit wird, gar keinen Vortheil für den Gläubiger, sondern ausschließlich eine Begünstigung des Schuldners, dem das Recht eingeräumt wird, wenn es ihm bequemer ist, anderes Material zur Herstellung des opus zu verwenden. Aus den besonderen Umständen des concreten Falls kann nun allerdings sich ergeben, daß dies die Absicht der Parteien gewesen ist. Alsdann bezieht sich der Vertrag ungeachtet der getroffenen Vereinbarung auf das bestimmte hingegebene Material, und die Obligation nimmt nur dann den Charakter einer generischen Obligation an, wenn die Verwendung des hingegebenen Materials durch eine culpa oder eine freie Handlung des Redemptor unmöglich geworden ist. Eine solche einseitige Begünstigung des Einen Contrahenten ist aber bei einem gegenseitigen Contract im Zweifel nicht als beabsichtigt anzunehmen. Die obige Auslegung ist also nur dann zulässig, wenn sie durch besondere Umstände unterstützt wird. Regelmäßig ist in dem hier zur Frage stehenden Fall der Redemptor, was das zu verwendende Material betrifft, wie ein gewöhnlicher debitor generis zu betrachten. Ist demnach die Benutzung des hingegebenen Materials unmöglich, wenn auch ohne sein Verschulden, so ist doch die Leistung selbst nicht unmöglich, so lange anderes Material derselben Art existirt; der Redemptor muß also in diesem Fall anderes Material auf seine Kosten herbeischaffen, um der übernommenen Verpflichtung gemäß das bedungene Werk auszuführen. [26])

---

26) Vergl. L. 31. D. locati (19. 2) in den Worten: rerum locatarum duo genera esse bis in creditum iri. Wenn dort für den Fall, daß die Verpflichtung des Arbeiters nicht auf Verwendung des bestimmten hingegebenen Materials geht, gesagt wird: „ex ea causa in creditum iri," so soll damit ge-

Ebenso kann, wenn ein Transport verdungen ist, ausgemacht werden, daß der Schiffer oder Fuhrmann nicht gerade die hingegebenen Sachen, sondern nur ebenso viele Sachen derselben Art und Güte an dem Bestimmungsorte abzuliefern habe. Die Entscheidung wird auch hier dieselbe sein, insofern nicht aus den besonderen Umständen des concreten Falls auf eine andere Absicht der Contrahenten zu schließen ist. [27]) Die Auslegung des Vertrages hat nämlich in allen die-

---

wiß ausgedrückt werden, daß der Schuldner hier eben so, wie beim mutuum, die Gefahr trage, da eben die ganze Stelle darauf sich bezieht. — In der L. 34 pr. i. f. D. de auro arg. (34. 2) wird gleichfalls ein derartiger Fall erwähnt, aber freilich mit Beziehung auf eine ganz andere Frage. Es handelt sich nämlich darum, ob derjenige, welchem der Testator all sein Gold vermacht hat, auch auf dasjenige Gold Anspruch machen kann, welches einem Goldschmied zur Anfertigung eines opus übergeben ist, jedoch mit der Nebenberedung, daß er zu dem verdungenen opus auch anderes Gold verwenden könne. Die Entscheidung dieser letzteren Frage hängt davon ab, ob das Eigenthum des Goldes auf den Goldschmied übergegangen ist. Daraus folgt aber selbstverständlich nicht, daß dieser Umstand von gleicher Bedeutung für unsere Frage ist. — Buchholz, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII. S. 12 ff. nimmt an, daß der Schuldner in dem erwähnten Fall nie die Gefahr zu tragen habe, sondern immer befreit sei, wenn die Benutzung des hingegebenen Materials ohne sein Verschulden unmöglich geworden sei. Er verkennt, daß es in diesen Fällen allein darauf ankommt, zu bestimmen, was nach der Absicht der Parteien als der wahre Gegenstand der Obligation anzusehen ist, und daß es allein von der Entscheidung dieser Frage abhängt, ob überall eine Unmöglichkeit der Leistung eintreten kann oder nicht. Die Entscheidung darüber, ob dem Debitor eine Verschuldung zur Last fällt, hat nur dann Bedeutung, wenn eine wahre Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden kann.

27) Nicht dagegen ist L. 31. D. locati (19. 2), wo es gegen das Ende heißt: der conductor habe auch dann, wenn „in simili re solvi possit," nur culpa zu prästiren. Die Schwierigkeit löst sich durch eine genauere Betrachtung des Falls. Es ist von Mehreren der Transport von Getraide verdungen, und das Getraide mit Bewilligung der Eigenthümer in dem Transportschiff zusammengeschüttet, so daß es unmöglich ist, daß die Einzelnen gerade dasjenige, was sie hingegeben haben, am Bestimmungsort wieder erhalten. Hier kann es die Absicht sein, daß der Schiffer ganz frei über das hingegebene Getraide soll schalten dürfen, und nur ganz im Allgemeinen verpflichtet ist, Getraide von derselben Qualität und Quantität zu restituiren. Alsdann ist das Eintreten einer Unmöglichkeit ausgeschlossen; der Debitor trägt die Gefahr, wie bei der generischen Obligation, wenn die Gattung nicht näher beschränkt ist. Die Absicht, welche dem Zusammenschütten des Getraides zu Grunde liegt, kann aber auch die sein, daß die Restitution an die einzelnen Eigenthümer eben von diesem bestimmten zusammengeschütteten Getraide erfolge; und zwar ist

sen Fällen keinen andern Zweck, als den wahren Willen der Contrahenten zur Geltung zu bringen.

---

§. 25.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit im Allgemeinen. — Völlige und theilweise, dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit. — Verpflichtung zur Herausgabe des Commodum. — Ipso jure und per exceptionem.

Nachdem der Umfang für die Anwendung der Regel: **casus non praestantur**, festgesetzt worden, sind jetzt die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit genauer darzustellen. Wir werden dies zuerst im Allgemeinen zu thun versuchen, ehe wir auf die einzelnen Arten der Obligationen näher eingehen.

Die Regel: **casus non praestantur**, drückt den Worten nach nur aus, daß der Schuldner im Fall einer casuellen Unmöglichkeit keine Entschädigung zu leisten hat. Darin liegt aber zugleich, daß er von der Verpflichtung zu der casuell unmöglich gewordenen Leistung befreit ist. Diese Befreiung kann selbstverständlich nur insoweit gelten, als die Leistung wirklich unmöglich geworden ist. Eine vollständige Befreiung des Schuldners setzt demnach eine völlige Unmöglichkeit der Leistung voraus; in den Fällen einer bloß theilweisen Unmöglichkeit dagegen hat zwar der Schuldner gleichfalls keine Entschädigung zu leisten, wohl aber den noch möglichen Theil der Leistung zu beschaffen.[1])

---

dies, als der Natur der locatio mehr entsprechend, im Zweifel anzunehmen. Alsdann versteht es sich von selbst, daß der Untergang des Getraides eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, welche, sofern sie casuell ist, den Schiffer von der Verpflichtung zur Restitution befreit. — S. bes. Puchta, Vorlesungen II. §. 365. A. M. Buchholz a. a. O. S. 8 ff.

1) Vergl. L. 40 §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6). L. 21 i. f. D. de hered. vend. (18. 4). L. 58. 59. D. de leg. 1 (30). L. 30 §. 4. D. ad l. Falcid. (35. 2). Andere Stellen beziehen sich nur darauf, daß der Schuldner in den Fällen einer nicht von ihm verschuldeten theilweisen Unmöglichkeit keine Entschädigung zu leisten hat, so L. 13 §. 7. D. locati (19. 2). L. 10 §. 1. D. de jure dot. (23. 3). L. 8 §. 5. D. de precario (43. 26).

Die Frage, ob die Unmöglichkeit in dem einzelnen Fall als eine völlige oder theilweise zu behandeln ist, hat daher auch für die nachfolgende Unmöglichkeit ihre Bedeutung. Außerdem fragt es sich bei den gegenseitigen Obligationen, ob wegen der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung eine Reduction der Gegenleistung verlangt werden kann, und in welchen Fällen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Vertrage zurückzutreten.

Ist die casuelle Unmöglichkeit zwar nach der Abschließung des Vertrages, aber vor der Perfection der Obligation eingetreten, so müssen in Ansehung beider Fragen ganz dieselben Grundsätze gelten, wie bei der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit, da es sich hier eben so, wie bei der letzteren Unmöglichkeit, um die Entstehung der Obligation handelt. Selbstverständlich sind jedoch, was die zweite Frage betrifft, diejenigen Regeln anzuwenden, welche bei der sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit dann zur Anwendung kommen, wenn keiner der Contrahenten mit der theilweisen Unmöglichkeit bekannt gewesen ist.

In Ansehung derjenigen theilweisen Unmöglichkeit, welche nach der Perfection der Obligation eintritt, genügt für einige Fälle gleichfalls die bloße Hinweisung auf die Grundsätze über die sogleich vorhandene Unmöglichkeit; doch gilt dies keineswegs allgemein. Wir wenden uns hier zunächst zu den einseitigen Obligationen.

Bei den einseitigen Obligationen auf ein Thun entscheidet sich die Frage, ob die Unmöglichkeit als eine völlige oder theilweise zu betrachten ist, nach den für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit aufgestellten Regeln. Derjenige, welcher schenkungsweise die Anfertigung eines **opus** versprochen hat, ist daher nicht einmal zur theilweisen Anfertigung verpflichtet, wenn die Materialien, welche dem Vertrage zufolge zur Ausführung des Werkes verwendet werden sollten, theilweise untergegangen sind, und dadurch die vollständige Herstellung des **opus** unmöglich geworden ist. Auch wird man, sofern der Schenker aus eigenen, durch den Vertrag individuell bezeichneten Materialien das Werk anzufertigen versprochen hat, nicht unbedingt eine Verpflichtung zur Leistung der noch vorhandenen Materialien annehmen können (S. 192). Die Sache ist nämlich in diesem Fall so anzusehen, als ob das Schenkungsversprechen erst durch die Vollendung des **opus** seine Perfection erlange. — Ist jedoch das aus bestimmten Materialien anzufertigende **opus** nach seiner Vollendung, aber vor der Ab-

lieferung von einem Casus betroffen, so ist dasselbe immer, so weit es noch vorhanden ist, zu leisten.

Bei den einseitigen Obligationen, welche auf Sachleistungen gerichtet sind, lassen sich die für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit geltenden Regeln nicht ohne Modificationen anwenden.

Wie wir oben gesehen haben, wird, insofern die Unmöglichkeit eine sogleich vorhandene ist, auch bei den einseitigen Obligationen auf das Verhältniß, in welchem der Theil der Sache, dessen Leistung noch möglich ist, zu dem Ganzen steht, Rücksicht genommen. Die sogleich vorhandene theilweise Unmöglichkeit wird nämlich in der praktischen Behandlung der völligen Unmöglichkeit gleichgestellt, zunächst dann, wenn der Theil, welcher noch geleistet werden kann, ein solcher ist, daß es überall nicht angenommen werden kann, der Wille der Contrahenten (des Erblassers) sei auf denselben gerichtet gewesen, — überdies aber auch in einigen anderen Fällen, insonderheit wenn eine zusammengesetzte Sache zum Gegenstand der Obligation gemacht ist, welche als Ganzes zu existiren aufgehört hat, während Bestandtheile derselben noch vorhanden sind, so wie gleichfalls, wenn der hauptsächliche Gegenstand der Obligation untergegangen ist, zu welchem dasjenige, was noch geleistet werden kann, nur in dem Verhältniß einer Accession steht (S. 155 ff.).

Das Erstere gilt auch in Betreff der nachfolgenden Unmöglichkeit. Wenn also A ein Grundstück, an welchem dem C eine Wegeservitut zusteht, dem B versprochen hat, so hat er, falls das Grundstück ohne sein Verschulden expropriirt wird, auch die durch die Expropriation vielleicht nicht berührte Servitut des C nicht zu leisten. Die Unmöglichkeit ist hier in der That keine theilweise, sondern eine völlige, weil sie sich auf die Sache in dem ganzen Umfange, in welchem sie zum Gegenstande der Obligation gemacht war, bezieht.

Dagegen kann eine vollständige Befreiung nicht angenommen werden, wenn nur derjenige Gegenstand, welchen die Parteien bei Begründung der Obligation als die Hauptsache betrachtet haben, nicht geleistet werden kann, oder wenn eine zum Gegenstand der Obligation gemachte zusammengesetzte Sache später als Ganzes zu existiren aufgehört hat, die einzelnen Bestandtheile derselben aber noch sämmtlich oder theilweise geliefert werden können; vielmehr sind die Accessionen oder Theile, deren Leistung noch möglich ist, vom Schuldner zu leisten, insofern dieselben nur überhaupt in dem Gegenstand der Obligation mitbegriffen sind. Deshalb sind z. B., wenn das den Gegen-

stand der Obligation bildende Schiff in Folge eines Schiffbruchs nicht geleistet werden kann, nicht bloß das Wrack, sondern auch die sonstigen Bestandtheile zu leisten; ebenso, wenn das Schiff ganz in seine Bestandtheile aufgelöst ist, die einzelnen Balken u. s. w., soweit sie noch vorhanden sind.

Die Annahme, welche bei der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit in diesen Fällen zu einer völligen Nichtigkeit der Obligation führt, daß nämlich die Contrahenten die Accessionen und Theile nur deshalb, weil sie Accessionen der Hauptsache oder Theile waren, mit zum Gegenstand der Obligation gemacht haben, daß sie aber einen Vertrag über dieselben nicht abgeschlossen haben würden, wenn sie gewußt hätten, daß die Hauptsache nicht geleistet werden könne, oder daß das Ganze als solches nicht mehr existire, trifft hier, wo eine gültige Obligation bereits abgeschlossen ist, nicht zu.

Die aufgestellten Regeln ergeben sich, wie mir scheint, aus inneren Gründen auf das Unzweifelhafteste. Nach römischem Recht kann ihnen jedoch eine allgemeine Geltung nicht zugeschrieben werden. In den Quellen finden sich nämlich mehrere, auf die Stipulation einer zusammengesetzten Sache sich beziehende Stellen, denenzufolge eine völlige Befreiung des Schuldners angenommen wird, wenn die zusammengesetzte Sache ohne ein Verschulden des Promissor gänzlich und nicht bloß vorübergehend in ihre Bestandtheile aufgelöst ist, so daß keiner der noch vorhandenen Theile das Ganze auch nur als ein mangelhaftes repräsentirt; der Stipulator kann in diesem Fall die Theile, auch wenn sie noch als selbständige Sachen existiren sollten, nicht in Anspruch nehmen, da die Obligation auf diese nicht gerichtet war. [2]) — Für das heutige Recht können wir diesen Entscheidungen keine Bedeutung beilegen; zudem dürfte es sehr zweifelhaft sein, ob sie auch für die bonae fidei Obligationen gegolten haben. [3])

---

2) L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1). L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3).

3) Bei dem Kauf, für welchen, wie wir sogleich sehen werden, in Ansehung der theilweisen Unmöglichkeit dieselben Grundsätze gelten, wie für die einseitigen Obligationen, wird es anerkannt, daß, wenn das verkaufte Gebäude nach Abschließung des Kaufcontracts abgebrannt ist, doch die area zu leisten ist [L. 21 i. f. D. de hered. vend. (18. 4)], obgleich hier eine theilweise Unmöglichkeit vorliegt, welche, wenn sie sogleich vorhanden gewesen wäre, ebenso wie die völlige Unmöglichkeit, eine Nichtigkeit des Contracts zur Folge gehabt hätte; vergl. L. 57 pr. D. de contr. empt. (18. 1) und oben S. 165. — Mit völliger Sicherheit können wir uns allerdings auf diese Entscheidung

Bei denjenigen gegenseitigen Obligationen, bei welchen die casuelle Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung gleichgestellt wird, wie z. B. bei dem perfecten Kauf, äußert die theilweise Unmöglichkeit völlig dieselben Wirkungen, wie bei den einseitigen Obligationen. Die Leistung gilt hier nur insoweit für erfüllt, als sie casuell unmöglich geworden ist; derjenige Theil, dessen Leistung möglich geblieben ist, muß noch geleistet werden, damit die Erfüllung als eine vollständige angesehen und die Gegenleistung gefordert werden könne.[4]) Ein Recht des Gläubigers, von dem Vertrage zurückzutreten oder eine Reduction der Gegenleistung zu verlangen, kann hier selbstverständlich nicht anerkannt werden, weil die casuelle Unmöglichkeit als Erfüllung der Obligation angesehn wird. — Dagegen treten bei denjenigen gegenseitigen Obligationen, bei welchen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung auch auf die Verpflichtung zur Gegenleistung influirt, dieselben Rücksichten ein, wie bei der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit. Wir werden unten bei den einzelnen Obligationen in der Kürze darauf zurückkommen.

Damit die Unmöglichkeit eine völlige sei, und die Wirkung einer vollständigen Befreiung des Schuldners nach sich ziehen könne, muß dieselbe eine **dauernde** sein. Die wichtigsten Stellen, welche hiervon handeln, sind:

L. 83. §. 5. D. *de. V. O.* (45. 1). *Paul.* l. 72. ad Edict. „. . cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad liberatem pervenerit. *Nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit:* quoniam una atque eadem causa et liberandi et obli-

---

nicht berufen; vergl. §. 17 Note 7. Meines Erachtens müssen aber die inneren Gründe entscheiden. Wir sind um so weniger berechtigt, aus den auf die Stipulation sich beziehenden Stellen eine allgemeine Regel abzuleiten, als bei der Stipulation, wie wir oben (S. 160) gesehen haben, gerade auch in Ansehung der theilweisen Unmöglichkeit eine strengere, lediglich an den Buchstaben sich haltende Auslegung des Vertrages zur Anwendung kam.

4) L. 21 i. f. D. de hered. vend. (18. 4). Vergl. zugleich auch die vorige Note.

gandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit, et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. — — — —"

L. 98. §. 8. D. *de solut.* (46. 3.) *Paul.* l. 15. Quaest.

„. . . . si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest:* et si servus effectus sit, alius videtur esse. Nec simili argumento usus est, si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spopondisti: ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse. Homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. . . . . Diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest, quasi ante diem: sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio: — — — —"

In diesen Stellen wird anerkannt, daß die nachfolgende Unmöglichkeit ebenso wenig, wie die sogleich vorhandene, dadurch den Charakter einer dauernden verliert, daß die Aussicht auf Entfernung des Hindernisses, welches der Erfüllung entgegensteht, nicht gänzlich ausgeschlossen ist. Es fragt sich aber, ob der Begriff der dauernden Unmöglichkeit hier in gleicher Weise bestimmt ist, wie für die Fälle der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit.

An sich ist dieses im höchsten Grade wahrscheinlich. Das Einzige, was etwa einen Zweifel gegen diese Annahme erregen könnte, ist der Umstand, daß Paulus in den oben abgedruckten Stellen besonders darauf Gewicht legt, daß die Sache, um welche es sich handelt, auch wenn sie wieder in die Lage kommen sollte, daß sie geliefert werden könnte, dann doch nicht dieselbe, sondern eine andere Sache sein würde. Hätten wir nämlich in diesem Umstand das entscheidende Moment zu finden, so würde die nachfolgende dauernde Unmöglichkeit sehr viel enger begränzt sein, als die sogleich vorhandene. Insonderheit würde der

Verlust des Eigenthums an der zu leistenden Sache regelmäßig nicht als Grund einer dauernden Unmöglichkeit zu betrachten sein, da die Sache dadurch, daß sie ihren Eigenthümer wechselt, keine andere wird.

Daß wir jedoch nicht berechtigt sind, aus dem von Paulus angeführten Entscheidungsgrund eine allgemeine Regel zu abstrahiren, geht aus verschiedenen sonstigen Entscheidungen hervor, welche einer solchen Regel durchaus widersprechen würden. So wird es namentlich anerkannt, daß die Stipulation einer Prädialservitut erlischt, wenn der Gläubiger das Grundstück, für welches die Servitut versprochen ist, veräußert.[5]) Es wird hier gesagt: „evanescit stipulatio," und dadurch jeder Gedanke an ein bloß zeitweiliges Cessiren der Obligation ausgeschlossen. Dessenungeachtet könnte der Gläubiger das Grundstück wieder erwerben, und die Servitut wäre, wenn sie alsdann bestellt würde, gewiß keine andere, als die versprochene. — Ferner wird der Erwerb der geschuldeten Sache von Seiten des Gläubigers, insofern das Eigenthum nicht etwa nur als ein widerrufliches Recht erworben ist, und der Fall nicht unter die im §. 22 erwähnte Ausnahme gehört, immer als Grund einer dauernden Unmöglichkeit der Leistung und einer vollständigen Befreiung des Schuldners angesehn, obgleich auch hier ganz dasselbe gilt, wie in Ansehung des vorher erwähnten Falles. [6])

Diesen Entscheidungen zufolge müssen wir annehmen, daß die Beantwortung der Frage, ob die Unmöglichkeit eine dauernde ist, hier ebenso, wie in den Fällen einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit nur davon abhängt, ob der Zustand, welcher die Leistung hindert, ein solcher ist, daß ihm der Charakter der Continuität rechtlich zukommt, wie das bei den dinglichen Rechten regelmäßig der Fall ist.[7]) Hiermit

---

5) L. 136 §. 1. D. de V. O. (45. 1).

6) S. z. B. L. 61. D. de solut. (46. 3), so wie die oben (§. 22 Note 13) citirten Stellen. — Der Grund, weshalb wir auf die im Text angeführten Fälle bei der Beweisführung beschränkt sind, liegt darin, daß auch die nachfolgende zeitweilige Unmöglichkeit unter Umständen eine vollständige Befreiung des Schuldners zur Folge hat, und deshalb manche Stellen, wie z. B. L. 7 §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13 §. 17. D. de act. empti (19. 1) nicht mit Sicherheit benutzt werden können. S. unten den Text vor den Noten 23 und 24.

7) Die Entscheidung in L. 1 §. 47. L. 2. L. 3. D. depositi (16. 3) läßt sich selbstverständlich nicht dagegen anführen. Die Veräußerung durch den Depo=

stimmen auch die Entscheidungen der oben abgedruckten Stellen, der **L. 83 §. 5. D. de V. O.** und der **L. 98 §. 8. D. de solut.** völlig überein, indem in den Fällen, in welchen dort eine dauernde oder eine zeitweilige Unmöglichkeit angenommen wird, dies auch nach dem eben aufgestellten Princip geschehen muß. Den Entscheidungsgründen kann aber nicht ein gleiches Gewicht, wie den Entscheidungen selbst beigelegt werden, und schon deshalb würden wir im Zweifel die Ansicht, daß für die nachfolgende Unmöglichkeit in der hier zur Frage stehenden Beziehung dasselbe gilt, wie für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit, als die richtige betrachten müssen.

Dazu kommt noch, daß die Art und Weise, wie Paulus in den citirten Stellen, und außerdem noch in der **L. 27 §. 1. D. de adim. leg.** (Note 7) das Vorhandensein einer dauernden Unmöglichkeit motivirt, sich ohne alle Schwierigkeit auch von der Ansicht aus erklären läßt, welche wir nach den sonstigen Entscheidungen der Quellen annehmen müssen. Die Continuität des die Erfüllung hindernden Zustandes kann nämlich dann unter keinen Umständen bezweifelt werden, wenn der zu leistende Gegenstand in der Weise seine Leistungsfähigkeit verloren hat, daß er, selbst wenn die Wirkung des Hindernisses, welches die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, demnächst aufgehoben werden sollte, doch nicht mehr derselbe, sondern ein anderer sein würde. Der

---

sitar überträgt nämlich kein Eigenthum auf den Dritten; dem bloßen Besitz ist aber nicht, wie dem Eigenthum, der Charakter der Continuität beigelegt. — In Betreff der Vermächtnisse ist der oben angeführte Grundsatz gleichfalls anzunehmen. Insofern jedoch die Unmöglichkeit vor dem Tode des Erblassers wieder gehoben wird, kann durch eine nova voluntas desselben das Vermächtniß aufrecht erhalten werden; vergl. L. 15. D. de adim. leg. (34. 4). Auf diese Weise kann man die Worte des Celsus in L. 79 §. 3. D. de leg. 3 (32): „Servus quoque legatus, si interim manumittatur, et postea servus factus sit, (postea) peti potest," zur Noth mit den übrigen Entscheidungen in den Quellen vereinigen, wie das auch die Glosse schon thut. Wahrscheinlich ist es jedoch, daß Celsus die Entscheidung nicht so verstanden hat, da er in der zur Frage stehenden Beziehung, wie wir aus L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3) ersehen, abweichender Ansicht war. Die Compilatoren haben wohl hier, wie in so manchen anderen Fällen, aus Versehn eine der verworfenen Ansicht angehörende Entscheidung aufgenommen. — Daß in Ansehung des in L. 79 §. 3 cit. entschiedenen Falles für Vermächtnisse dasselbe, wie für Verträge angenommen wurde, wird durch eine Stelle aus den Quästionen des Paulus völlig außer Zweifel gesetzt; L. 27 §. 1. D. de adim leg. (34. 4): „Nam etsi rursus in servitutem ceciderit, non tamen legatum ejus (servi manumissi) resuscitabitur: novus enim videtur homo esse."

von Paulus angeführte Entscheidungsgrund ist also, sofern wir nur nicht den Ausdruck einer allgemeinen Regel in demselben finden, sondern auf die einzelnen zur Entscheidung vorliegenden Fälle ihn beziehen, durchaus zutreffend. Eine allgemeine Regel aus dem gedachten Entscheidungsgrund abzuleiten, sind wir aber um so weniger genöthigt, als es sich hier um einen Umstand handelt, von welchem bei vielen Leistungen gar nicht die Rede sein kann. Zudem geht namentlich aus der L 83 §. 5. D. de V. O., in welcher die sogleich vorhandene und die nachfolgende Unmöglichkeit neben einander abgehandelt werden, hervor, daß Paulus in der angegebenen Beziehung für beide Arten der Unmöglichkeit dieselben Grundsätze angenommen hat.

Als Gründe einer bloß zeitweiligen Unmöglichkeit haben wir demnach auch hier namentlich die in dem Besitz eines Nichtberechtigten liegenden Hindernisse der Erfüllung zu betrachten, sowie die meisten der bloß in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründeten Hindernisse, soweit diese überhaupt in Betracht kommen, wie z. B. Krankheit und nothwendige Abwesenheit des Schuldners.

Durch die dauernde Unmöglichkeit der Leistung wird die Verpflichtung für immer aufgehoben; wie aus den oben abgedruckten Stellen hervorgeht, wird dieselbe selbst dann nicht wieder hergestellt, wenn das Hinderniß, welches die Leistung unmöglich machte, später wieder gehoben wird. [8])

---

8) Dies gilt jedoch nur, insofern die Unmöglichkeit eine casuelle ist. Für die verschuldete Unmöglichkeit hat die Unterscheidung der dauernden und zeitweiligen Unmöglichkeit keine Bedeutung. In beiden Fällen kann der Gläubiger sofort auf Erfüllung klagen und eventuell Entschädigung verlangen. In beiden Fällen, auch wenn die Unmöglichkeit eine dauernde ist, hat der Schuldner, wenn die Unmöglichkeit nachher gehoben wird, und er nicht bereits durch Leistung des Interesse völlig liberirt ist, den ursprünglichen Gegenstand der Forderung zu leisten; und hierauf kann nach heutigem Recht ohne Zweifel auch die Execution gerichtet werden. Dies folgt daraus, daß die verschuldete Unmöglichkeit keinen Einfluß auf die Verpflichtung hat. Zweifelhaft ist nur, wie es in denjenigen Fällen zu verhalten ist, in welchen der Gegenstand der Obligation, wenn er auch seine Leistungsfähigkeit wieder erlangt, nach den Aussprüchen in den Quellen nicht mehr als derselbe, sondern als ein anderer betrachtet wird. Führt man diese Auffassung consequent durch, so ist in

Die Wirkungen der nachfolgenden zeitweiligen Unmöglichkeit bestimmen sich ebenso, wie die der sogleich vorhandenen, wesentlich danach, ob die Leistung an einen bestimmten Zeitraum gebunden ist, so daß sie nur in diesem, nicht aber nachher erfolgen kann, oder ob die Zeit der Erfüllung in dieser Weise nicht festgesetzt ist. Im ersten Fall bewirkt die zeitweilige Unmöglichkeit eine gänzliche Aufhebung der Verpflichtung für die Zeit, auf welche sie sich bezieht, und steht somit der dauernden Unmöglichkeit gleich. [9])

Ist die Leistung nicht an eine bestimmte Zeit gebunden, so wird die Verpflichtung durch die bloß zeitweilige Unmöglichkeit nicht aufgehoben. Allerdings braucht der Schuldner, wenn eine zeitweilige Unmöglichkeit ohne sein Verschulden eingetreten ist, wegen der verzögerten Erfüllung der Obligation keine Entschädigung zu leisten; auch kann er, wenn von dem Gläubiger vor Beseitigung der Unmöglichkeit geklagt wird, der Klage eine dilatorische Einrede entgegensetzen. Da aber eine Befreiung nur insoweit angenommen wird, als wirklich eine Unmöglichkeit vorliegt, so ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung vorzunehmen, sowie die Unmöglichkeit gehoben ist. [10])

Die Fortdauer des obligatorischen Verhältnisses hat aber noch andere Wirkungen. Der Schuldner ist ungeachtet der zeitweiligen Unmöglichkeit fortwährend zur Prästation derjenigen Diligenz verpflichtet, welche er nach der Natur der Obligation oder nach der getroffenen Verabredung zu leisten hat; dies ist mit Beziehung auf die zur Beseitigung des eingetretenen Hindernisses vorzunehmenden Schritte nicht

---

den gedachten Fällen die Beseitigung der Unmöglichkeit schlechthin ausgeschlossen; und wenn der Gegenstand auch wieder leistungsfähig geworden ist, kann doch von einer Verpflichtung des Schuldners zur Leistung dieses Gegenstandes nicht die Rede sein, da er nicht als derjenige angesehen wird, auf welchen die Obligation gerichtet ist. Es dürfte aber sehr fraglich sein, ob die römischen Juristen die obige Auffassung in dieser Strenge durchgeführt haben.

9) L. 9 §. 4. L. 33 i. f. L. 34. D. locati (19. 2); vergl. auch L. 15 pr. D. de operis libert. (38. 1).

10) L. 98 §. 8 i. f. D. de solut. (46. 3). L. 20. D. depositi (16. 3). Vergl. jedoch zugleich unten den Text vor den Noten 23 und 24. — Wenn es in L. 5 §. 13. D. commod. (13. 6) heißt, der Commodatar hafte nicht, wenn der geliehene Sclave ohne sein Verschulden geflohen sei, so soll damit nur gesagt werden, daß keine Entschädigung von ihm verlangt werden könne, nicht, daß die Verpflichtung zur Restitution völlig aufgehoben sei. Ebenso ist L. 53 §. 9. D. de leg. 1 (30) nur darauf zu beziehen, daß die sofortige Prästation des gefangenen Sclaven nicht verlangt werden könne.

unwichtig.[11]) Ueberdies wird, freilich vorzugsweise nur für den Fall, daß ein zu leistender Sclave geflohen ist, eine Verpflichtung des Schuldners erwähnt, zu caviren, daß er die Leistung, so wie die Unmöglichkeit gehoben sein werde, vornehmen wolle. In dem angeführten Fall mußte der Schuldner sich sogar auch zur Verfolgung des Sclaven, also zur Vornahme positiver Handlungen, um das Hinderniß zu beseitigen, verbindlich machen.[12])

Die Kosten, welche die Beseitigung des Hindernisses veranlaßt, hat, wenigstens bei bonae fidei Obligationen, in der Regel der Gläubiger zu tragen, da ihn das ganze periculum trifft;[13]) doch gilt dies selbstverständlich nicht in Ansehung derjenigen casuellen Unmöglichkeit, welche nur in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, z. B. einer Krankheit desselben, ihren Grund hat.

Die zeitweilige Unmöglichkeit wird als beseitigt angesehen, sowie das Hinderniß, welches sie begründete, gehoben ist. Ist das Hinderniß ein rein persönliches, so ist mit der Beseitigung desselben für den Schuldner auch immer die vollständige Möglichkeit, die Leistung vorzunehmen, vorhanden. Bei denjenigen Obligationen ferner, welche zu ihrer Erfüllung kein Recht an der zu leistenden Sache voraussetzen, wie bei den Obligationen auf Restitution von Sachen, wird die Beseitigung der Unmöglichkeit eben darin bestehen, daß der Schuldner wieder die zur Vornahme der Leistung nöthige factische Gewalt über die zu leistende Sache erhält. Bei den Obligationen auf ein dare

---

11) L. 3. D. depositi (16 3).

12) L. 14 §§. 5. 11. D. quod metus c. (4. 2). L. 5 §. 2 i. f. §. 3. D. de cond. c. d. (12. 4). L. 8 §. 10. D. mandati (17. 1). L. 21 §. 3. D. de Aed. Ed. (21. 1). L. 25 §. 3. D. sol. matr. (24. 3). L. 39 pr. L. 47 §§. 2—4. D. de leg. 1 (30). L. 8 pr. D. de leg. 2 (31). — Darüber, daß für die meisten der in den Quellen erörterten Fälle einer zeitweiligen Unmöglichkeit einer Verpflichtung des Schuldners zur Cautionsleistung nicht gedacht wird, s. unten Note 24. — Bei dem Depositum scheint eine solche Verpflichtung überall nicht anerkannt zu sein; L. 20. D. depositi (16. 3).

13) L. 18 §. 2. D. commod. (13. 6). L. 12 §. 1. D. depositi (16. 3). Bei Vermächtnissen gilt eine Ausnahme. War das Hinderniß schon zur Zeit des Todes des Testators vorhanden, so trägt der Vermächtnißnehmer die Kosten; ist es später eingetreten, der Onerirte. Es wird nämlich angenommen, der Testator habe dem Vermächtnißnehmer diejenigen Vortheile in Ansehung des Gegenstandes des Vermächtnisses zuwenden wollen, welche er selbst hatte. L. 8 pr. D. de leg. 2 (31).

und tradere wird dies jedoch nicht immer zusammentreffen. Ist z. B. die Leistung einer fremden Sache versprochen, oder eine solche Sache vermacht, so kann dieselbe, wenn sie ihrem Eigenthümer entwendet oder geraubt ist, einstweilen nicht gefordert werden; sowie aber das in dem Besitz eines Nichtberechtigten liegende Hinderniß der Leistung beseitigt, die Sache also wieder in den Besitz ihres Eigenthümers zurückgekehrt ist, kann die Leistung derselben von dem Schuldner verlangt werden, obgleich er die dazu nöthige Disposition über die Sache nicht hat, und vielleicht auch nicht im Stande ist, dieselbe zu erlangen.[14]) Es ergiebt sich dies mit Nothwendigkeit aus den Grundsätzen, welche in Ansehung der auf Leistung fremder Sachen gerichteten Obligationen gelten (§. 2).

Unter Umständen kann der Gläubiger auch vor der Beseitigung des Hindernisses sein Recht auf Erfüllung der Obligation geltend machen, nämlich dann, wenn es dem Debitor zur Schuld zugerechnet werden kann, daß das Hinderniß nicht aus dem Wege geräumt worden ist.[15])

Das Recht, wegen einer casuellen zeitweiligen Unmöglichkeit von dem Vertrage zurückzutreten, steht dem Gläubiger nur bei denjenigen gegenseitigen Obligationen zu, bei welchen die casuelle Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung nicht gleichgestellt ist, sowie in den Fällen, in welchen die zeitweilige Unmöglichkeit vor der Perfection der Obligation eingetreten ist. Ueber den Umfang, in welchem dieses Recht dem Gläubiger einzuräumen ist, gelten die oben für die sogleich vorhandene zeitweilige Unmöglichkeit aufgestellten Regeln (§. 19).

Die Befreiung des Schuldners durch die casuelle Unmöglichkeit bezieht sich nur auf das eigentliche Object der Obligation. Eine völlige Befreiung wird aber in vielen Fällen nicht eintreten. Der Schuldner ist nämlich, wenn er auch weder den ursprünglichen Gegenstand selbst, noch ein Aequivalent desselben zu leisten braucht, doch verpflichtet, das commodum zu leisten, welches durch das Ereigniß, das die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, in sein Vermögen gekommen ist. **Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.**[16])

---

14) L. 47 §§. 2. 3. D. de leg. 1 (30).

15) L. 3. D. depositi (16. 3).

16) Vergl. über diesen Grundsatz besonders Ihering, Abhandlungen Nr. 1. —

So ist z. B. der Depositar, welcher, ohne daß ihm eine Verschuldung zugerechnet werden kann, die deponirte Sache verkauft hat, zwar befreit von der Verpflichtung, zu restituiren; sofern der Gläubiger es aber nicht vorzieht, die deponirte Sache von dem dritten Besitzer zu vindiciren, kann er von dem Depositar den erlangten Kaufpreis oder die Cession der auf denselben gehenden **actio venditi** verlangen.[17]) Ebenso muß derjenige, welcher den Theil einer Sache verkauft, und in Folge eines Theilungsprocesses durch Adjudication das Eigenthum

---

Hier können wir auf den Grundsatz nur insoweit eingehen, als er in Verbindung mit unserer Lehre steht. Auch beziehen wir uns im Obigen nur auf die casuelle Unmöglichkeit. — Für den Fall einer verschuldeten Unmöglichkeit führt die Regel, daß das periculum und commodum bei derselben Hand bleiben sollen, zu der Folge, daß dem Schuldner, der den Nachtheil der verschuldeten Unmöglichkeit trägt, auch das commodum zufällt. — Aus dem Angeführten erklärt sich die Entscheidung des Paulus in L. 21. D. de hered. vend. (18. 4), derzufolge der Verkäufer einer Sache, welcher vor der Tradition dieselbe an einen Andern verkauft, und so sich in die Unmöglichkeit, zu leisten, versetzt hat, den vom zweiten Käufer erhaltenen Kaufpreis nicht herauszugeben braucht, selbst dann nicht, wenn die verkaufte Sache später in solcher Weise untergeht, daß er dadurch von seiner auf Leistung dieser Sache selbst gerichteten Verpflichtung gegen den ersten Käufer befreit wird. Es wird, was das Verhältniß des Schuldners zum ersten Käufer betrifft, so angesehen, als ob der zweite Verkauf gar nicht Statt gefunden habe. Der Entscheidungsgrund, welchen Paulus anführt: „pretium — non ex re, sed propter negotiationem percipitur," dürfte nicht zutreffend sein; wie aus der in der folgenden Note citirten Stelle hervorgeht, kann der Gläubiger auch das durch eine negotiatio erlangte commodum verlangen, wenn er die Gefahr dieses Ereignisses trägt. — Ausnahmen von der Regel, daß derjenige, welcher wegen seiner Verschuldung das periculum trägt, auch auf das commodum Anspruch habe, kommen vor in L. 53 §. 3. D. de furtis (47. 2), L. 14 §§. 3. 4. D. eodem, L. 21. D. de hered. vend. in den Worten: sed ubi hereditatem etc., L. 22 pr. D. de pign. act. (13. 7). — Außerdem hat Justinian in der L. 22. C. de furtis (6. 2) einige Modificationen der Regel mit Beziehung auf das Commodat eingeführt; vergl. auch §. 18 I. de obl. quae ex delicto (4. 1). — Was übrigens die oben referirte Entscheidung des Paulus betrifft, so ist diese zwar consequent; die Consequenz ist aber eine rein logische und gehört meiner Ansicht nach zu derjenigen Classe von Consequenzen, welche dem Satze: summum jus summa injuria, eine gewisse (glücklicherweise jedoch nur beschränkte) Berechtigung geben. Dem natürlichen Rechtsgefühl entspricht allein diejenige Entscheidung über das commodum, welche sich in einer gleichfalls von Paulus herrührenden Stelle mit Beziehung auf die hereditatis petitio findet; L. 36 §. 3. D. de hered. pet. (5. 3).

17) L. 1 §. ult. L. 2. D. depositi (16. 3).

an demselben verloren hat, die vom Miteigenthümer erhaltene Summe herausgeben.[18])

Am häufigsten wird in den Quellen der Fall behandelt, wenn das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, dem Schuldner ein Klagerecht gewährt; wie das namentlich vorkommt, wenn das Eintreten der Unmöglichkeit in dem Delict eines Dritten seinen Grund hat. Der Schuldner ist hier verpflichtet, die Klagen zu cediren, und zwar nicht bloß diejenigen Klagen, welche auf Wiedererlangung des Gegenstandes der Obligation oder auf ein Aequivalent desselben gerichtet sind, sondern auch die durch das Delict des Dritten begründeten reinen Strafklagen, wie z. B. die **actio furti.**[19]) Dies gilt selbstverständlich nicht bloß in den Fällen einer zeitweiligen, sondern eben so sehr in den Fällen einer dauernden Unmöglichkeit, wie denn namentlich auch von der Verpflichtung zur Cession der **actio legis Aquiliae** wiederholt die Rede ist.[20])

Die Verpflichtung zur Herausgabe des **commodum** besteht auch dann, wenn die Leistung einer fremden Sache versprochen ist; der Schuldner hat dasjenige **commodum** zu leisten, welches der Eigenthümer hätte leisten müssen, wenn er der Schuldner gewesen wäre. Kann der Schuldner dasselbe nicht leisten, so muß er den Gläubiger in dieser Beziehung entschädigen. Auch dies ist eine Folge der Regeln, welche das römische Recht über die auf Leistung fremder Sachen gerichteten Obligationen aufstellt.[21])

---

18) L. 7 §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13 §. 17. D. de act. empti (19. 1). S. auch L. 78 §. 4. D. de jure dot. (23. 3).

19) §. 3 I. de empt. (3. 23). L. 35 §. 4. D. de cont. empt. (18. 1). L. 31 pr. D. de act. empti (19. 1). L. 18 i. f. D. sol. matr. (24. 3). L. 14 pr. L. 80 pr. D. de furtis (47. 2). — L. 16. D. depositi (16. 3).

20) §. 3 i. f. I. de empt. (3. 23). L. 13. D. de periculo (18. 6). L. 13 §. 12. D. de act. empti (19. 1). L. 18 i. f. D. sol. matr. (24. 3).

21) L. 35 §. 4. D. de contr. empt. (18. 1): „. . . unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est: quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.“ — Ist die Leistung der fremden Sache unmöglich geworden, ohne daß dem Eigenthümer ein commodum zugefallen ist, so ist der Schuldner im Allgemeinen von jeder Haftung befreit. Zweifel erregt hier nur der Fall, wenn das Ereigniß, welches die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, falls die zu leistende Sache dem Schuldner gehört hätte, gar nicht eingetreten wäre, oder jedenfalls nicht hätte eintreten können, ohne daß ein commodum in das Vermögen des

Hat der Schuldner das commodum vollständig herausgegeben, so ist er, falls die casuelle Unmöglichkeit eine dauernde ist, von seiner Verpflichtung völlig befreit[22]). Dasselbe gilt sogar für die Fälle einer bloß zeitweiligen Unmöglichkeit, insofern das commodum, welches der Gläubiger erhält, als ein Aequivalent für den Gegenstand der Leistung in das Vermögen des Schuldners gekommen ist, möge dies nun in einer Geldsumme oder sonstigen Sachen,[23]) oder in Klagen bestehen. In

---

Schuldners gelangt wäre; — wie z. B. wenn der Eigenthümer der zu leistenden fremden Sache selbst diese Sache vernichtet oder den zu leistenden Sclaven manumittirt hat. — Bei der Stipulation nahm man in diesem Fall eine Befreiung an, sofern dem Schuldner nur keine von ihm zu präſtirende culpa zur Last fiel; L. 91 §. 1. L. 51. L. 83 §. 5. D. de V. O. (45. 1). L. 92 pr. L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3). — Dasselbe wird in Ansehung der Vermächtnisse anerkannt, und ist hier auch der Billigkeit durchaus entsprechend, da die Verpflichtung zur Leistung der fremden Sache in der Auflage eines Anderen, in Betreff deren den Onerirten keine Verantwortlichkeit trifft, ihren Grund hat. §. 16 I. de leg. (2. 20). L. 35. D. de leg. 1 (30). L. 92 pr. D. de solut. (46. 3). Dieselben Grundsätze müssen um so mehr für die Schenkung gelten, als der Schenker selbst für die Eviction nicht haftet, wenn er sich keines dolus schuldig gemacht hat. L. 18 §. 3. D. de donat. (39. 5). — Zweifelhaft ist es dagegen, wie der zur Frage stehende Fall beim Kaufcontract und den diesem gleichstehenden bonae fidei Obligationen zu entscheiden ist. Stellen, welche sich mit einiger Sicherheit auf diesen Fall beziehen lassen, finden wir in den Quellen nicht. Die inneren Gründe sprechen aber dafür, daß der Verkäufer, wie in den übrigen Beziehungen, so auch nach dieser Seite hin für das Eintreten derjenigen Hindernisse verantwortlich ist, welche in dem Mangel des zur Vornahme der Leistung erforderlichen Rechts ihren Grund haben, oder doch ohne einen solchen Mangel nicht hätten eintreten können; daß also der Verkäufer in dem gedachten Fall auch dann, wenn er nicht wußte, daß die verkaufte Sache eine fremde sei, zur Entschädigung verpflichtet ist. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger nicht damit bekannt war, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung erforderliche Recht fehle. — Hat der Verkäufer sich eines dolus schuldig gemacht, so kann der Käufer immer klagen, der Untergang der verkauften fremden Sache mag erfolgt sein, in welcher Weise er wolle; L. 21 pr. D. de evict. (21. 2). Wenn jedoch der Untergang der Sache in keiner Beziehung zu dem fehlenden Recht des Verkäufers steht, wird die Klage des Käufers nur auf Restitution des Kaufpreises und Erstattung desjenigen Interesse, welches er daran hatte, daß der Contract überall nicht abgeschlossen wäre, gerichtet werden können.

22) So z. B. in dem Fall der L. 7 §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13 §. 17. D. de act. empti (19. 1).

23) So ist z. B. der Depositar in dem Fall der L. 1 §. ult. D. depositi (16. 3) vollständig und für immer von seiner Verpflichtung befreit, wenn der Gläu-

dem letzten Falle genügt jedoch dem oben (S. 299) Bemerkten zufolge nicht die Cession bloß derjenigen Klagen, welche auf Wiedererlangung der geschuldeten Sache oder auf Prästation eines Aequivalents für dieselbe gerichtet sind; vielmehr muß der Schuldner, damit er völlig befreit werde, durch Cession aller, in Betreff des Gegenstandes der Obligation ihm zustehenden Klagen, auch der reinen Strafklagen, sämmtliche Beziehungen, in welchen er zu dem Gegenstande der Obligation steht, auf den Gläubiger übertragen.[24])

Der Grundsatz, daß derjenige, welcher das **periculum** eines bestimmten Ereignisses trägt, auch auf das **commodum** desselben Anspruch hat, gilt bei allen **bonae fidei** Obligationen.[25]) Dagegen

---

biger den Kaufpreis, welchen der Depositar für die deponirte Sache erhalten hat, sich herausgeben läßt.

24) Der Gläubiger kann in diesem Fall, da eine völlige Befreiung eintritt, keine Cautionsleistung verlangen. Auch kann er, wenn der Schuldner ungeachtet der erfolgten Cession der Klagen demnächst wieder die Detention der Sache erlangt, nicht die Klage aus der Obligation, sondern nur die von dem Schuldner selbst cedirten Klagen, sofern sie im concreten Fall begründet sind, gegen ihn anstellen. — Ob übrigens der Schuldner in den oben angeführten Fällen immer verlangen kann, daß der Gläubiger ihn gegen Empfang des commodum von seiner Verpflichtung befreie, ist eine Frage, welche sich nicht für alle Fälle in gleicher Weise beantworten läßt. Insofern der Gläubiger durch die Annahme des commodum ein ihm, abgesehen von dem Forderungsrecht, auf die Sache zustehendes Recht aufgiebt, wie z. B. in dem Fall der L. 1 §. 47. D. depositi (16. 3), ist er jedenfalls nicht verpflichtet, den Schuldner gegen Herausgabe des commodum zu befreien. Ferner wird, was den Fall der fuga servorum betrifft, nur in einer Stelle (§. 3 I. de empt.) eine Cession der Klagen erwähnt; in allen übrigen Stellen ist nur von einer Verpflichtung des Schuldners zur Cautionsleistung die Rede, und diese wird selbst für solche Fälle anerkannt, in welchen nicht dem Gläubiger schon als Eigenthümer die Klagen auf den Sclaven zustehen, wie bei den meisten Obligationen auf Restitution, und aus diesem Grunde eine Klagencession ausgeschlossen ist. Vergl. die in der Note 12 citirten Stellen. — Im Allgemeinen wird aber der Gläubiger nicht mehr, als die Cession der Klagen vom Schuldner verlangen können, und daraus dürfte es sich erklären, daß die Verpflichtung zur Cautionsleistung nicht häufiger in den Quellen erwähnt wird.

25) Vorausgesetzt ist dabei, daß sie auf Leistung einer Sache zum Behalten gehen, wie z. B. der Kauf, das Depositum u. s. w. Etwas anders stellt sich die Sache, wenn die Verpflichtung nur darauf geht, daß eine Sache zur Benutzung geliefert werde, wie z. B. die Verpflichtung des Vermiethers einer Sache. Hier würde, auch abgesehen davon, daß der Vermiether und nicht der Miether das periculum trägt, doch von einer Herausgabe des commodum zum Behalten nicht die Rede sein können; es wäre denn, daß das commodum

scheint er bei den **stricti juris negotia**, welche ein bestimmtes Object zu ihrem Gegenstande haben, nicht zur Anwendung gebracht zu sein.[26]) Dies gilt namentlich in Ansehung der Stipulation.

Die strenge Natur der **actio ex stipulatu** scheint nicht zugelassen zu haben, daß dem ursprünglichen Object in der angegebenen Weise ein ganz anderes substituirt werde. Demgemäß wird, wenn der **servus promissus** durch einen dritten getödtet ist, dem Stipulator nur die **actio de dolo** gegen den Dritten — vorausgesetzt natürlich, daß diesem ein **dolus** zur Last fällt — zugestanden; und zwar wird diese Entscheidung dadurch motivirt, daß dem Schuldner, welcher durch den Tod des Sclaven von seiner Schuld befreit ist, und somit durch die Handlung des Dritten keinen Schaden erlitten hat, eine **actio legis Aquiliae** (die dem Gläubiger hätte cedirt werden können) nicht zusteht.[27])

Dasselbe Resultat ergiebt sich aus einer Reihe von Stellen, in welchen der Fall der Vernichtung des Gegenstandes der Obligation durch den für diese Obligation bestellten Bürgen besprochen wird. Die älteren Juristen nahmen an, daß durch die Handlung des Bürgen, welche eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung für den Hauptschuldner zur Folge gehabt hat, nicht nur die Hauptobligation, sondern zugleich auch die accessorische Obligation des Bürgen aufgehoben sei; sie räumten daher dem Stipulator auch in diesem Fall nur die **actio doli**

---

eben nur für die zeitweilige Verhinderung der Benutzung in das Vermögen des Vermiethers gelangt wäre. — Insofern übrigens die Unmöglichkeit der Leistung in der rechtswidrigen Handlung eines Dritten ihren Grund hat, kommt der oben (§. 4 Note 25) angeführte Grundsatz zur Anwendung, demzufolge der Vermiether dem Miether das Interesse, welches dieser an der Benutzung der Sache hatte, zu erstatten hat, falls er dasselbe von dem Dritten zu erlangen im Stande ist. L. 7. 8. D. locati (19. 2). L. 14 §. 7 i. f. D. de servo corrupto (11. 3).

26) Bei denjenigen Condictionen, welche auf die Bereicherung gehen, wie z. B. bei der condictio indebiti, kann die Cession der Klagen verlangt werden, weil diese mit zur Bereicherung des Schuldners gehören.

27) L. 18 §. 5. D. de dolo (4. 3). Paul.: „Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant: quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.“ Gerade umgekehrt wird bei bonae fidei Obligationen dem Schuldner die Delictsklage gegen den Dritten eingeräumt, weil er dem Gläubiger auf Prästation der Klage haftet. L. 80 pr. D. de furtis (47. 2). Vergl. auch oben §. 4 Note 25.

gegen den Bürgen ein, oder statuirten hier einen Fall, in welchem die verlorene Klage **ex Edicto** zu restituiren sei. Die späteren Juristen ließen gegen den Bürgen eine **actio ex stipulatu**, d. h. eine Klage aus der zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Stipulation zu, darauf begründet, daß der Bürge sich eines dieser Obligation widersprechenden Handelns schuldig gemacht habe.[28]) Davon, daß der Gläubiger von dem Hauptschuldner die Cession der **actio legis Aquiliae** hätte verlangen können, ist in keiner dieser Stellen die Rede; wäre ein solches Verlangen begründet gewesen, so würde auch schwerlich von irgend einem Juristen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für nöthig gehalten sein.

Endlich wird die von uns aufgestellte Ansicht bestätigt durch die oben (S. 33) bereits erwähnte **L. 85. D. de furtis** (47. 2), in welcher dem Stipulator selbst für den Fall, wenn er ein Interesse daran haben sollte, die **actio furti** abgesprochen wird.[29])

Was von der Stipulation galt, wird wahrscheinlich auch in Ansehung des Damnationslegats gegolten haben.[30])

---

28) Vergl. L. 19. D. de dolo (4. 3). L. 38 §. 4. D. de solut. (46. 3). L. 32 §. 5. D. de usuris (22. 1). L. 95 §. 1. D. de solut. (46. 3). L. 88 D. de V. O. (45. 1). Ribbentrop, Correaloblig. S. 32 Note 13.

29) Hasse, Culpa S. 314 versteht die L. 85 cit. so, als ob nur gesagt sei, daß der Stipulator ohne Cession die actio furti nicht habe. Ich möchte glauben, daß dies dann jedenfalls näher angedeutet wäre, zumal da die in der L. 85 sonst angeführten Beispiele solche sind, in welchen jeder Anspruch auf die Vortheile der actio furti abgesprochen wird. Weit eher wird in den Fällen, in welchen der Gläubiger nur die Cession der actio furti verlangen kann, geradezu gesagt, daß ihm die actio furti zustehe; vergl. Paulus, R. S. II. tit. 31 §. 17 und §. 17 I. de obl. quae ex del. (4. 1). — Sind die Ausführungen im Text richtig, so ergiebt es sich, daß L. 13. D. de furtis (47. 2) nicht zu einem argumentum a contrario benutzt werden darf.

30) Vergl. L. 85. D. de furtis (47. 2), wo der Gläubiger ex testamento, mit welchem nicht wohl ein Anderer, als derjenige, dem ein Legat per damnationem hinterlassen ist, gemeint sein kann, dem Stipulator gleichgestellt wird. Die anscheinend entgegenstehende L. 13 §. 3. D. ad leg. Aq. (9. 2) ist auf das Vindicationslegat zu beziehen, für welches selbstverständlich andere Grundsätze galten, da mit Antretung der Erbschaft das Eigenthum auf den Legatar überging; vergl. Gajus II. §. 194. Das non in dem Satze: si non post mortem etc. werden wir mit der Vulgata streichen müssen. Die L. 15 pr. D. eod. ist wohl ebenfalls auf das Vindicationslegat zu beziehen; alsdann folgt aus dieser Stelle, daß in dem Fall einer bloßen Beschädigung der vermachten Sache (Verwundung des vermachten Sclaven) die actio legis Aqui-

Heutzutage kann selbstverständlich nur das für die bonae fidei Obligationen geltende Recht zur Anwendung gebracht werden.

Wir wenden uns schließlich zu der Frage, in welcher Weise die Befreiung des Schuldners durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung erfolgt, ob **ipso jure** oder **per exceptionem**. Diese Frage kann nur aufgeworfen werden für die dauernde Unmöglichkeit, da nur diese eine Aufhebung der Verpflichtung zur Folge hat.

Meines Erachtens dürfte die Ansicht, daß die Aufhebung ipso jure erfolgt, überwiegende Gründe für sich haben. Dafür spricht, daß die casuelle Unmöglichkeit als ein natürlicher Aufhebungsgrund der Stipulation angesehn, und in dieser Beziehung neben die Solution gestellt wird.[31]) Ferner wird gleichfalls mit Beziehung auf die Stipulation in mehreren Stellen die Aufhebung der Verpflichtung in Folge einer casuellen Unmöglichkeit durch solche Ausdrücke bezeichnet, daß nicht wohl eine andere, als eine ipso jure erfolgende Befreiung des Schuldners gemeint sein kann.[32]) Was aber in Ansehung der

---

liae nur als eine Accession des mit der späteren Antretung der Erbschaft von Seiten des Erben dem Legatar zufallenden vermachten Gegenstandes betrachtet wurde; einer Cession der Klage bedurfte es aber in diesem Fall immer, da das Eigenthum erst mit der Antretung der Erbschaft auf den Legatar überging. Uebrigens könnte auch die Stelle möglicherweise auf das legatum sinendi modo zu beziehen sein, welches in einer freieren Weise, als das Damnationslegat behandelt wurde. — Nach Justinianischem Recht sind die Klagen immer dem Vermächtnißnehmer einzuräumen, sofern der vermachte Gegenstand dem Testator gehörte. Vergl. L. 1. C. comm. de leg. (6. 43).

31) L. 107. D. de solut. (46. 3).

32) So heißt es: exstinguitur stipulatio §. 2 I: de inut. stip. (3. 19). L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3) evanescit stipulatio L. 136 §. 1. D. de V. O. (45. 1). Vergl. ferner L. 105. D. de V. O. (45. 1) und darüber unten Note 37. Dafür scheint auch der Ausdruck: nihil debetur L. 37. D. de V. O. (45. 1) zu sprechen, wenn auch nicht mit Sicherheit aus diesem Ausdruck auf die Art der Aufhebung der Obligation geschlossen werden kann. Noch weniger entscheidend sind Ausdrücke, wie liberatur, non tenetur, von welchen der letztere auch in Betreff der zeitweiligen Unmöglichkeit gebraucht wird (L. 20. D. depositi 16. 3: L. 5 §. 13. D. commod. 13. 6), und häufig nichts weiter ausdrückt, als daß keine Entschädigung zu leisten ist.

Stipulation gilt, ist gewiß auch in Betreff der bonae fidei Obligationen anzunehmen. Wenn hier die Art der Aufhebung nicht so bestimmt hervorgehoben wird, so hat dies wohl darin seinen Grund, daß bei diesen Obligationen der freieren processualischen Behandlung wegen der Unterschied zwischen der ipso jure und per exceptionem erfolgenden Befreiung des Schuldners eine geringere Bedeutung hatte.[33]) Außerdem war hier in sehr vielen Fällen trotz der casuellen, wenn auch dauernden Unmöglichkeit die Klage aus dem Contracte oder Quasicontracte nicht ausgeschlossen, indem die Herausgabe des commodum mit dieser Klage gefordert werden konnte.[34])

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die casuelle Unmöglichkeit ipso jure befreit, kommt jedoch bei dem constitutum vor. Nach den Worten des Edicts konnte es nämlich scheinen, als ob nur die in den Verhältnissen des Gläubigers liegenden oder von ihm ausgehenden Hindernisse der Erfüllung, nicht aber die übrigen Gründe einer Unmöglichkeit zu berücksichtigen seien. Die römischen Juristen nahmen nun zwar an, daß die Befreiung des Schuldners durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit so sehr aus der Natur der Sache sich ergebe, daß sie auch in diesem Fall nicht ausgeschlossen sein könne; doch scheint dem Schuldner hier, wahrscheinlich wegen der Fassung des Edicts, nur eine Exception gegeben zu sein.[35])

Außerdem finden wir in den Quellen noch zwei andere Fälle erwähnt, in welchen dem Schuldner, der durch einen Casus von seiner Verpflichtung befreit wird, zur Geltendmachung dieser Befreiung nur eine Exception eingeräumt wird. Die darauf sich beziehenden Entscheidungen enthalten jedoch keine wahren Ausnahmen von der Regel, daß die Verpflichtung des Schuldners durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit ipso jure aufgehoben wird.

Der erste Fall bezieht sich auf die Verpflichtung aus der Caution, welche der Vermächtnißnehmer dem Erben zu leisten hat, wenn ihm das ganze Vermächtniß ausgezahlt wird, ehe es feststeht, ob nicht nach den Bestimmungen der lex Falcidia ein Abzug gemacht werden kann. Die Caution geht darauf, daß der Vermächtnißnehmer, falls es sich

---

33) Nur in Einer Stelle, der L. 72 pr. i. f. D. de solut. (46. 3) wird in Ansehung der actio dotis, welche bonae fidei war, gesagt, daß die Befreiung ipso jure eintrete. S. über diese Stelle unten Note 37.

34) Vergl. L. 13. D. de periculo (18. 6).

35) L. 16 §§. 2. 3. D. de pec. const. (13. 5): „subveniri reo debere."

demnächst ergeben sollte, daß dem Erben die Quart nicht vollständig hinterlassen sei, den Werth des zu viel Erhaltenen herausgebe. Geht nun in einem solchen Fall der dem Vermächtnißnehmer überlieferte Gegenstand des Vermächtnisses später casuell zu Grunde, so hat derselbe nur eine Exception gegen die Klage des Erben aus der Caution. Eine wahre Ausnahme von der oben aufgestellten Regel liegt hier jedoch um deswillen nicht vor, weil die Caution nicht auf Restitution eines Theiles des überlieferten Gegenstandes, sondern auf **quanti ea res erit**, gerichtet ist. Eine Unmöglichkeit dieser Leistung ist nämlich überall nicht eingetreten; die Aufhebung der darauf gerichteten Obligation hat vielmehr darin ihren Grund, daß es unbillig sein würde, wenn der Vermächtnißnehmer, statt einen Vortheil von dem Vermächtniß zu haben, ohne sein Verschulden einen Schaden durch die letztwillige Zuwendung erleiden sollte.[36])

Eben so wenig können wir eine wahre Ausnahme für den Fall eines nach der Mora des Gläubigers eintretenden Casus anerkennen. War die Leistung in der Weise bestimmt, daß überhaupt eine Unmöglichkeit eintreten kann, wie z. B. wenn die Verpflichtung auf eine bestimmte **species** gerichtet war, so erfolgt die Aufhebung der Verpflichtung immer **ipso jure**. Daß der casuellen Unmöglichkeit eine Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers vorhergegangen, kann selbstverständlich keinen Unterschied machen. — Nur insofern ist der Mora des Gläubigers allerdings eine Wirkung beizulegen, als durch dieselbe die Verpflichtung des Schuldners auf die Prästation der **lata culpa** beschränkt, also die möglichen Fälle eines Casus erweitert werden. Dies kommt aber hier nicht in Betracht.

War jedoch der Gegenstand der Obligation nicht in der angegebenen Weise bestimmt, z. B. ein **genus** oder Geld, so kann die Obligation durch die Mora des Gläubigers nicht zu einer **obligatio speciei** werden; der Schuldner ist, insofern nicht ausnahmsweise eine wiederholte Ausübung des Wahlrechts ihm entzogen ist, nicht an den einmal offerirten Gegenstand gebunden, sondern kann statt dessen ein anderes contractmäßiges Object wählen. Geht nun der offerirte Gegenstand nachher zu Grunde, so tritt eine Unmöglichkeit der Leistung nicht ein; also kann auch von einer Befreiung durch casuelle Unmöglichkeit nicht die Rede sein. Wenn dessenungeachtet der Schuldner in

---

36) L. 1 §. 15. L. 2. D. si cui plus (35. 3), womit L. 1 pr. D. eodem zu vergleichen ist.

solchem Falle geschützt wird, so hat dies darin seinen Grund, daß die Mora zur Erstattung des Interesse verpflichtet. Der Nachtheil, welchen der Schuldner durch die von Seiten des Gläubigers verweigerte Annahme der Leistung erlitten hat, besteht aber darin, daß der offerirte Gegenstand ihm verloren gegangen ist, ohne daß er zugleich von seiner Schuld befreit ist. Dieser Nachtheil wird dadurch gehoben, daß die Sache so angesehen wird, als wenn die Leistung damals, als sie offerirt wurde, vom Gläubiger nicht zurückgewiesen wäre, daß also eine Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung angenommen wird. Auf diese Weise erklärt es sich, daß auf der einen Seite gesagt wird: die vom Gläubiger zurückgewiesene Leistung sei als erfolgt anzusehen, auf der andern Seite aber keine ipso jure eintretende Befreiung, wie bei der Solution, angenommen, sondern dem Schuldner nur eine exceptio doli eingeräumt wird. [37])

37) L. 84 §. 3. D. de leg. 1 (30). L. 6. D. de doli mali except. (44. 4). L. 73 §. 2. D. de V. O. (45. 1). Die hauptsächlichste Stelle ist L. 72 pr. D. de solut. (46. 3): „Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri ...: etenim non est aequum teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is servus decessit: aut nummos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure desinet teneri.“ Die Schlußworte machen jedoch Schwierigkeit, indem sie, wenn man das ipso jure desinet teneri auf beide Fälle bezieht, der vorhergehenden Entscheidung widersprechen. Man wird nicht umhin können, mit Fuchs, Archiv für civ. Pr. XXXIV. S. 235, eine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise anzunehmen und die zur Frage stehenden Worte allein auf den zuerst erwähnten Fall des in dotem gegebenen Sclaven zu beziehen. Möglich wäre es, daß die Compilatoren, um an den zu Anfang der Stelle behandelten Fall anzuknüpfen, die Worte: aut nummos bis perdiderit eingeschoben, dabei aber nicht bedacht hätten, daß die Schlußworte zu dem eingeschobenen Satze nicht passen. Den übrigen Versuchen, die Stelle zu erklären, stehen ohne Ausnahme die erheblichsten Bedenken entgegen. Am wenigsten läßt es sich rechtfertigen, wenn man mit Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 241 Note e aus der L. 72 pr. cit. folgern will, daß bei bonae fidei Obligationen die Befreiung ipso jure, bei stricti juris Geschäften nur per exceptionem erfolgt sei. — Schwierig ist außerdem noch die L. 105. D. de V. O. (45. 1): „Stipulatus sum, Damam aut Herotem servum dari: cum Damam dares, ego, quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex

Aus dem Angeführten ergibt es sich zugleich, daß der nach der Mora des Gläubigers eintretende casuelle Untergang des offerirten Gegenstandes keineswegs immer den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, sondern nur dann, wenn die nachtheiligen Folgen dieses Untergangs den Schuldner treffen. Hat z. B. derjenige, welcher eine Summe Geldes oder ein Pferd in genere schuldig ist, das offerirte und vom Gläubiger zurückgewiesene Geld nachher zur Zahlung einer anderen Schuld verwendet, oder das offerirte Pferd später verkauft, so kann ein Casus, von welchem das Geld oder das Pferd später betroffen wird, da er dem Schuldner keinen Nachtheil bringt, keine Einrede gegen die Klage des in Mora befindlichen Gläubigers begründen.

---

§. 26.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit im Allgemeinen. — Alternative Obligationen.

Die Anwendung der für die casuelle Unmöglichkeit geltenden Regel auf alternative Obligationen bietet eigenthümliche Gesichtspunkte dar, so daß wir genöthigt sind, näher auf dieselbe einzugehen.[1]) Wir

---

stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari." Die Worte sprechen dafür, daß eine ipso jure eintretende Befreiung angenommen sei; dies würde aber der obigen Auffassung widersprechen, da ja, so lange Heros noch lebt, keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Das Wahrscheinlichste ist mir, daß man hier einen Fall zu supponiren hat, in welchem ausnahmsweise durch die Ausübung des Wahlrechts die alternative Obligation sich in eine auf den Dama ausschließlich gerichtete obligatio speciei verwandelt hat. Dafür spricht auch der Schlußsatz, in welchem auf die Mora des Creditor kein Gewicht gelegt, sondern die Entscheidung des vorliegenden Falles lediglich dadurch motivirt wird, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner, wenn ihm keine Mora zur Last fällt, von seiner Verpflichtung befreit.

1) Ausführlicher behandelt sind die hier in Betracht kommenden Fragen von Zimmern im Archiv f. civ. Pr. I. S. 313—342, v. Vangerow, Pandekten III. §. 569 S. 21—31, Fuchs im Archiv f. civ. Pr. XXXIV. S. 236 ff.

beschränken uns hier auf den gewöhnlichen Fall, in welchem die Obligation nur auf zwei Objecte sich bezieht; [2]) die Anwendung der für diesen Fall geltenden Grundsätze auf denjenigen, in welchem eine größere Anzahl von Objecten alternativ versprochen ist, macht ohnehin keine Schwierigkeit. Außerdem sehen wir gänzlich ab von dem Fall, wo die alternative Obligation durch eine Uebereinkunft der Parteien oder eine den Wahlberechtigten bindende Ausübung des Wahlrechts in eine **obligatio speciei** verwandelt ist. [3]) Dagegen können wir die Wirkungen der vom Debitor verschuldeten Unmöglichkeit des Zusammenhangs wegen nicht ganz von unserer Betrachtung ausschließen.

Bei der Darstellung der Wirkungen, welche die nachfolgende Unmöglichkeit in Beziehung auf alternative Obligationen hat, sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

1) Es ist in Betreff des einen Objects eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, während das andere noch geleistet werden kann. Daß eine Befreiung des Schuldners in diesem Falle nicht angenommen werden kann, ergiebt sich aus demjenigen, was oben im **§. 6** bemerkt worden ist. Ja selbst dann, wenn das eine Object ohne Verschulden des Debitor deteriorirt oder theilweise untergegangen ist, kann sich der Schuldner durch Hingabe der deteriorirten Sache oder der noch vorhandenen Theile des von dem casuellen Ereigniß betroffenen Objects nicht befreien. [4]) Ebenso wenig kann es, wenn die casuelle Unmöglichkeit nur eine zeitweilige ist, zur Befreiung des Schuldners genügen, wenn er cavirt, daß er die seiner Disposition entzogene Sache, sowie sie wieder in seine Gewalt komme, leisten wolle, oder wenn er die ihm zur Wiedererlangung derselben zustehenden Klagen dem Gläubiger cedirt. [5])

Die casuelle Unmöglichkeit in Betreff des einen Objects ist jedoch, wenn sie auch eine Befreiung des Schuldners nicht herbeiführt, doch

---

2) Dasselbe thun auch die in der vor. Note citirten Schriftsteller.

3) Daß in diesem Fall durchaus dieselben Grundsätze, wie für die obligatio speciei gelten, versteht sich von selbst. Die nachfolgende Unmöglichkeit kommt also nur in Betracht, sofern sie auf das noch in obligatione befindliche Object sich bezieht, und befreit, wenn sie casuell ist, den Debitor von seiner Verpflichtung. L. 84 §. 9. D. de leg. 1 (30). L. 11 §. 1. D. de leg. 2 (31). Hierher dürfte auch die L. 105. D. de V. O. (45. 1) gehören; s. oben §. 25 Note 37.

4) Vergl. L. 33 §. 1. D. de solut. (46. 3).

5) Vergl. L. 47 §. 3. D. de leg. 1 (30).

nicht ohne Einwirkung auf die Obligation. Dasjenige Object, dessen Leistung unmöglich geworden ist, tritt nämlich, insofern die Unmöglichkeit eine völlige ist, aus dem Obligationsnexus heraus, so daß die alternative Obligation in eine **obligatio speciei** umgewandelt wird. Die Folge davon ist, daß der Gläubiger, wenn er auch das Wahlrecht hatte, gegenwärtig doch nur auf dasjenige Object, dessen Leistung noch möglich ist, klagen kann, sowie daß er, wenn der Schuldner das Wahlrecht hatte, nunmehr berechtigt ist, seine Klage ausschließlich auf den noch vorhandenen Gegenstand zu richten. [6])

Bis hierher ist die Sache unzweifelhaft; dagegen ist es bestritten, ob nicht der Schuldner, wenn ihm das Wahlrecht zustand, sich von der Klage dadurch befreien kann, daß er den Werth des untergegangenen Objects leistet, oder ob er schlechthin auf Leistung desjenigen Gegenstandes haftet, welcher noch geleistet werden kann. — Die inneren Gründe sprechen für das Letztere. Auch wird in einer Reihe von Stellen schlechthin und ohne alle Einschränkung gesagt, daß der Schuldner dasjenige Object, welches noch geleistet werden könne, zu leisten habe; und zwar handeln diese Stellen von solchen Fällen, in welchen dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, wie dies denn überhaupt der gewöhnliche Fall ist. [7])

Dessenungeachtet werden wir wohl nach den Quellen die entgegengesetzte Ansicht annehmen müssen. Für die alternativen Vermächtnisse wird dies durch folgende Stelle außer Zweifel gesetzt:

L. 47. §. 3. D. ***de leg.*** **1. (30)** ***Ulpian.*** **l. 22. ad. Sabin.** **„Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes: dicendum erit prae-**

---

6) S. L. 95 pr. §. 1. D. de solut. (46. 3). — Dies gilt selbst dann, wenn die in Betreff des einen Objects eingetretene Unmöglichkeit nur eine theilweise oder zeitweilige ist. Der Gläubiger kann jedoch in diesem Fall, wenn er es vorzieht, auch auf die Leistung des vom Casus betroffenen Objects, so weit sie noch erfolgen kann, oder auf Caution wegen künftiger Leistung desselben klagen, und zwar — jenachdem er das Wahlrecht hat oder nicht — ausschließlich oder indem er dem Schuldner die Wahl zwischen dieser Leistung und der Leistung des anderen Gegenstandes freistellt. — Das commodum, welches durch das die casuelle Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß in's Vermögen des Schuldners gekommen ist, kann der Gläubiger nie in Anspruch nehmen, da er nicht das periculum trägt.

7) L. 2 §. 3. D. de eo, quod certo loco (13. 4). L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1). L. 10 §. 6. D. de jure dot. (23. 3). L. 9 §. 2. D. de fundo dotali (23. 5). L. 16 pr. D. de V. O. (45. 1).

sentem praestari *aut absentis aestimationem*: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum: *fortassis vel mortui pretium.* Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestate ambo redirent, sed si vel alter, et vel ipsum, *vel absentis aestimationem* praestandam."

Darauf, daß Ulpian sich für den Fall, daß der eine Sclave gestorben ist, nicht mit völliger Bestimmtheit über das Recht des Onerirten, statt des noch lebenden Sclaven den Werth des verstorbenen zu geben, ausspricht („fortassis vel mortui pretium"), wird man kein Gewicht legen können, da in den andern angeführten Fällen der Flucht oder feindlichen Gefangenschaft des einen der alternativ geschuldeten Sclaven schlechthin gesagt wird, der Debitor habe den anwesenden Sclaven oder den Werth des Abwesenden zu prästiren.

Es könnte bedenklich sein, aus demjenigen, was für alternative Vermächtnisse gilt, einen Schluß auf andere alternative Obligationen zu ziehen. Wir haben jedoch eine Stelle, in welcher auch für die letzteren derselbe Grundsatz anerkannt wird:

L. 95. §. 1. D. *de solut.* (46. 3.) *Papin.* l. 28. Quaest. „Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio: quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, *neque defuncti offerri aestimatio potest*, si forte longe fuit vilior, *quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est*: tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit: . . . ."

In dieser Stelle wird freilich ein anderer, als der uns vorliegende Fall behandelt; das argumentum a contrario liegt jedoch überaus nahe. Wenn es als eine Strafe der Verschuldung des Debitor angesehen wird, daß er sich durch die Leistung der aestimatio des untergegangenen Objects nicht befreien kann, so muß eine solche Befugniß angenommen werden in dem Fall, wenn das eine Object ohne Verschulden des Debitor untergegangen ist, indem die Strafe nicht zur Anwendung gebracht werden kann, wo es an einer Verschuldung fehlt. — Die Stelle in dieser Weise zu verstehen, nöthigt noch

mehr der Zusammenhang. Der mit quamvis beginnende Vordersatz steht nur dann in einer inneren Verbindung mit dem Nachsatz, wenn man eben den Gegensatz gegen die casuelle Unmöglichkeit hervorhebt, und in folgender Weise die Stelle versteht: obgleich inzwischen allein der noch lebende Sclave gefordert werden, und nur zur Strafe der Schuldner durch Leistung der aestimatio sich nicht befreien kann, so wird doch die Verpflichtung aus der Stipulation aufgehoben, wenn später der zweite Sclave ohne ein Verschulden des Debitor stirbt.

Gegen das aus der L. 95. §. 1 cit. gezogene Resultat können diejenigen Stellen, welche schlechthin sagen, daß das übrig gebliebene Object zu leisten sei, nicht angeführt werden. Es ist nicht selten, daß die römischen Juristen einen Satz allgemein hinstellen, ohne die für denselben geltenden Beschränkungen zu erwähnen. Zudem war es in hohem Grade wichtig, hervorzuheben, daß nur das übrig gebliebene Object in obligatione sei. Wenn der Schuldner auch befugt war, statt dieses Objects den Werth des untergegangenen Gegenstandes zu leisten, so war dieser Werth doch nicht in obligatione. Hätte man die Obligation so angesehen, als ob sie jetzt alternativ auf das übrig gebliebene Object oder auf die aestimatio des untergegangenen gerichtet wäre, so würde auch der casuelle Untergang des ersteren den Schuldner von seiner Verpflichtung nicht befreit haben, weil die aestimatio noch geleistet werden konnte.

Schwieriger ist die L. 55. D. ad leg. Aq. (9. 2.) In dieser Stelle wird die Frage behandelt, welche Folgen eintreten, wenn der Gläubiger das eine der ihm alternativ geschuldeten Objecte vernichtet. Der wirkliche Schaden, welcher dadurch dem Schuldner zugefügt wird, kann in diesem Fall, sofern man dem Schuldner die Befugniß einräumt, den Werth des casuell untergegangenen Objects statt des übrig gebliebenen Gegenstandes zu leisten, nie den Werth, welchen das vernichtete Object für den Schuldner hatte, übersteigen, einerlei, ob die übrig gebliebene Sache werthvoller war oder nicht. Dessenungeachtet soll nach L. 55. cit. bei der Berechnung des Interesse der Werth der übrig gebliebenen Sache berücksichtigt, und dieser, wenn er höher ist, von dem Schuldner verlangt werden können. — Diese Entscheidung läßt sich allerdings unter Berücksichtigung der eigenthümlichen Bestimmungen der lex Aquilia mit der L. 95. §. 1. D. de solut. vereinigen. Da nämlich das erwähnte Gesetz für die Berechnung der Größe des Schadens ein Zurückgehn auf einen früheren Zeitpunkt gestattete, so konnte der Schuldner seiner Schätzung eine Zeit zu Grunde

legen, zu welcher beide Objecte noch existirten, und zu dieser Zeit hatte allerdings die vernichtete Sache einen höheren Werth für den Schuldner, indem er durch ihre Hingabe und zwar nur dadurch sich von der alternativ übernommenen Verpflichtung zur Leistung der werthvolleren Sache befreien konnte. In der L. 55. wird jedoch die Entscheidung allein daraus hergeleitet, daß die actio legis Aquiliae nicht bloß auf den Sachwerth, sondern auf das Interesse gerichtet sei. Von diesem Gesichtspunkt aus läßt sich dieselbe aber nicht anders rechtfertigen, als wenn man den Schuldner im Fall des casuellen Untergangs des einen der alternativ geschuldeten Gegenstände unbedingt verpflichtet hält, den übrig gebliebenen zu leisten; [8]) und wirklich scheint Paulus dies in der L. 55. auch vorauszusetzen, indem er in Betreff des Gegenstandes, welcher noch geleistet werden kann, sagt: „quem necesse habeo dare.“

Die L. 55. D. ad. leg. Aq. läßt sich demnach mit dem in der L. 95. §. 1. D. de solut. aufgestellten Grundsatz nicht vollständig vereinigen. Da jedoch die L. 95 ausdrücklich die Wirkungen der nachfolgenden Unmöglichkeit bei alternativen Obligationen behandelt, so werden wir wohl die in dieser Stelle enthaltene Ansicht als die von Justinian recipirte zu betrachten haben; um so mehr, als nicht sowohl die Entscheidung der L. 55. D. cit., als vielmehr nur die Motivirung derselben dieser Ansicht entgegensteht. [9])

Die angenommene Regel kommt jedoch dann nicht zur Anwendung, wenn das alternativ versprochene Object in der zu einer bestimmten Summe festgesetzten aestimatio der casuell untergegangenen Sache besteht. In diesem Fall hat der Schuldner nicht die Befugniß, statt der verabredeten Schätzungssumme den vielleicht geringeren wahren Sachwerth zu leisten; vielmehr bleibt es bei der einmal getroffenen Werthsbestimmung, indem diese nach der Absicht der Contrahenten im Zweifel für alle Fälle und somit auch für den Fall des casuellen Un-

---

8) Wie das Interesse in solchen Fällen berechnet wurde, in welchen dem Schuldner die Befugniß zustand, sich von der Leistung des eigentlichen Gegenstandes der Obligation durch Hingabe eines anderen Objects zu befreien, geht hervor aus L. 11 §. 12. D. de act. empti (19. 1). L. 23 §. 8. D. de Aed. Ed. (21. 1).

9) Derselben Ansicht sind Zimmern a. a. O. S. 314 ff., v. Vangerow a. a. O. S. 22, Fuchs a. a. O. S. 237. — A. M. ist Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 302, welcher in der L. 47 §. 3. D. de leg. 1 (30) eine singuläre Bestimmung für alternative Vermächtnisse findet.

tergangs der geschätzten Sache hat gelten sollen. [10]) — Der Wille der Contrahenten, insofern er erkennbar hervortritt, ist hier, wie allgemein in unserer Lehre, entscheidend.

2) Das eine Object ist ohne Verschulden des Debitor untergegangen, und demnächst geht auch das andere Object unter. — Erfolgt der Untergang des zweiten Objects durch ein Verschulden des Debitor, so wird er nicht befreit; der Gläubiger kann auf dieses Object nach wie vor klagen. Insofern dem Schuldner das Wahlrecht zustand, muß man ihm jedoch das Recht einräumen, sich durch Zahlung des Werthes des zuerst untergegangenen Objects zu befreien, da er dieses Recht selbst dann gehabt hätte, wenn das andere Object noch existirte. — Ist der Untergang ein casueller, so tritt jetzt eine gänzliche Befreiung ein, vorausgesetzt, daß rücksichtlich beider Objecte eine völlige Unmöglichkeit vorliegt. [11])

3) Das eine Object ist durch ein Verschulden des Debitor untergegangen. Hier hängt die Entscheidung wesentlich davon ab, ob der Gläubiger oder der Schuldner das Wahlrecht hat.

Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so kann dieses durch die Verschuldung des Debitor ihm nicht entzogen werden. Er hat nach wie vor die Wahl, ob er auf das übrig gebliebene oder auf das untergegangene Object klagen will. [12]) Das Wahlrecht bleibt dem Gläubiger auch dann, wenn später die Leistung des anderen Objects gleichfalls durch ein Verschulden des Debitor unmöglich geworden ist; dagegen ist er auf die Forderung des Interesse für das zuerst untergegangene Object beschränkt, wenn das zweite Object durch Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit aus der Obligation ausgeschieden ist.

Steht dem Schuldner das Wahlrecht zu, so hat er dadurch, daß er die Leistung des einen Objects unmöglich gemacht hat, das Recht

---

10) Deshalb heißt es in L. 10 §. 6. D. de jure dot. (23. 3): „aestimationem omnimodo maritus praestabit."

11) L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1). Daß der gleichzeitige casuelle Untergang beider Objecte dem auf einander folgenden gleichsteht, versteht sich von selbst und wird überdies in der citirten Stelle ausdrücklich hervorgehoben.

12) Nach der L. 95 pr. i. f. D. de solut. (46. 3) könnte es scheinen, als ob der Gläubiger nur auf das untergegangene Object klagen könnte. Die Worte, daß es angesehen werden solle, als ob nur das untergegangene Object in obligatione gewesen sei, sind jedoch daraus zu erklären, daß der Gläubiger in dem von Papinian referirten Fall bereits das ihm zustehende Wahlrecht auf eine ihn bindende Weise ausgeübt hatte.

des Gläubigers nicht unmittelbar verletzt; er muß jetzt das übrig gebliebene Object leisten, durch dessen Leistung er sich ebensowohl hätte befreien können, wenn das erste Object fortwährend hätte geleistet werden können.[13]) Auch dann, wenn die Leistung des zweiten Objects gleichfalls durch ein Verschulden des Debitor unmöglich wird, hat der Gläubiger keinen Schaden, da sein Recht, auf das letzte Object, welches allein noch in obligatione war, zu klagen, durch die von dem Debitor verschuldete Unmöglichkeit nicht aufgehoben wird.

Nur dann wird allerdings der Gläubiger in eine schlechtere Lage versetzt, wenn später die Leistung des zweiten Objects casuell unmöglich wird, indem er, wenn das erste Object noch vorhanden gewesen wäre, dieses hätte fordern können. Es fragt sich, ob dem Gläubiger in diesem Fall eine Klage aus der Obligation zusteht.

Für die Stipulation wird dies von Papinian in der **L. 95. §. 1. D. de. solut. (46. 3.)** ausdrücklich verneint. Die **actio ex stipulatu** war unzulässig, da der Schuldner zu der Zeit, zu welcher er die Unmöglichkeit des ersten Objects herbeiführte, nichts unmittelbar gegen die Stipulation vornahm; der Stipulator hatte jedoch die **actio doli**, insofern dem Schuldner ein **dolus** zur Last fiel.

Nach heutigem Recht wird man ohne Zweifel dem Gläubiger in dem zur Frage stehenden Fall immer eine Klage aus der Obligation einräumen müssen, und zwar auf dasjenige Interesse, welches er daran hatte, daß der erste Gegenstand noch hätte geleistet werden können. Auch ist es mir nicht wahrscheinlich, daß die römischen Juristen den Grundsatz, welchen Papinian für die Stipulation aufstellt, für die **bonae fidei** Obligationen, bei welchen man die Klage aus der Obliga-

---

13) Zimmern a. a. O. S. 320 ff. und v. Vangerow a. a. O. S. 23 nehmen an, daß der Schuldner auch in diesem Fall durch die Leistung der aestimatio des untergegangenen Objects sich befreien könne, sofern dieses keinen geringeren Werth habe, als die noch vorhandene Sache. Sie berufen sich für diese Ansicht auf die L. 95 §. 1. D. de solut. (46. 3), die jedoch, wenn man sie, wie Zimmern und Vangerow, versteht, dahin führt, die facultas alternativa nur dann dem Schuldner abzusprechen, wenn das vom Schuldner vernichtete Object einen weit geringeren Werth, als das übriggebliebene, hatte, „si forte longe fuit vilior." — Gewiß hat Papinian durch die angeführten Worte nur auf den unmotivirten Nachtheil hinweisen wollen, der für den Gläubiger entstehen könnte, wenn man dem Schuldner auch in diesem Fall die facultas alternativa einräumen wollte. In dieser Weise wird die Stelle auch von Fuchs a. a. O. S. 238 ff. erklärt.

tion in einem so sehr weiten Umfange zuließ, zur Anwendung gebracht haben. Denn in der That verletzt der Debitor, welcher durch sein Verschulden den Untergang des einen Objects herbeiführt, dadurch das Recht des Gläubigers; er versetzt ihn nämlich durch seine Schuld in eine schlechtere Lage, indem jetzt die Forderung schon durch den casuellen Untergang Eines Objects aufgehoben werden kann. [14]) Diese Erwägung lag aber, wie wir aus anderen Stellen wissen, [15]) den römischen Juristen sehr nahe, so daß wir kaum annehmen können, daß sie dieselbe bei denjenigen Obligationen, welche eine freiere Behandlung zuließen, sollten außer Acht gelassen haben.

Im Bisherigen haben wir keine Rücksicht darauf genommen, daß mit der casuellen Unmöglichkeit eine Verschuldung des Gläubigers concurriren kann. Die abweichenden Wirkungen, welche in diesem Fall eintreten, erklären sich daraus, daß das Verschulden des Gläubigers diesen zur Erstattung des Interesse verpflichtet.

Wenn in Folge des Untergangs des ersten Objects nur Ein Object mehr in der Obligation ist, so wird, wenn dieses Letztere durch Verschulden des Gläubigers untergeht, der Schuldner einen Ersatz selten verlangen können, da er durch die Handlung des Gläubigers zugleich befreit wird; nur ausnahmsweise kann ein solcher Anspruch begründet sein, so z. B., wenn der Schuldner mit dem Werth des zuerst untergegangenen Objects sich hätte befreien können, und dieser geringer war, als das Interesse, welches der Schuldner daran gehabt hätte, das durch Verschulden des Gläubigers untergegangene Object zu behalten.

Wird durch Verschulden des Gläubigers die Leistung des einen Objects unmöglich, während das andere noch geleistet werden kann, so ist dadurch die Obligation eine einfache geworden. Der Schuldner kann aber das Interesse fordern; und dieses wird entweder darin bestehen, daß er von seiner Verpflichtung liberirt, oder daß ihm der

14) Das Verhältniß ist ein ganz ähnliches, wie in dem mehrfach in den Quellen erörterten Fall, wenn der Schuldner eine geliehene Sache gegen die Bestimmungen des Contracts mit auf eine Reise nimmt, und so Gefahren aussetzt, welchen sie sonst nicht ausgesetzt gewesen wäre. (§. 20 Note 10.)

15) Vergl. L. 34 i. f. D. de fidejuss. (46. 1). L. 5. D. qui et a quib. (40. 9).

Werth, den die untergegangene Sache für ihn gehabt hätte, erstattet werde. Hatte der Schuldner das Wahlrecht, so hängt es von ihm ab, was er verlangen will. [16]) Stand die Wahl dem Gläubiger zu, so kann der Schuldner vom Gläubiger fordern, daß derselbe sich entweder das untergegangene Object anrechnen lasse, mithin den Schuldner von seiner Verpflichtung befreie, oder daß er ihm den Werth erstatte, welchen die untergegangene Sache für ihn gehabt hätte.

Wenn beide Objecte durch ein Verschulden des Gläubigers untergehen, so ist der Schuldner immer liberirt; er kann aber vom Gläubiger verlangen, daß derselbe für das eine derselben Entschädigung leiste. Ob er in diesem Fall die Entschädigung für ein bestimmtes Object, nach seiner Wahl, verlangen kann, oder alternativ klagen muß, hängt davon ab, ob ihm oder dem Gläubiger das Wahlrecht zustand.

Ist die Leistung des ersten Objects durch ein Verschulden des Gläubigers, die Leistung des zweiten ohne ein Verschulden irgend eines Theils unmöglich geworden, so wird der Schuldner in der Regel kein Interesse in Anspruch nehmen können; denn wenn das erste Object noch vorhanden gewesen wäre, hätte er dieses jetzt leisten müssen. Doch können hier in Folge der besonderen Umstände des concreten Falles allerdings Ausnahmen eintreten.

Wir haben im Obigen die Folgen, welche ein Verschulden des Gläubigers hat, allein aus der Verpflichtung des Letzteren, dem Schuldner den durch die Verschuldung ihm zugefügten Schaden zu ersetzen, hergeleitet. Nach römischem Recht traten jedoch häufig andere Folgen ein, wegen der eigenthümlichen Bestimmungen, welche die **lex Aquilia** über die Zeit aufstellte, nach welcher der Schadensersatz berechnet werden konnte. Diesen Bestimmungen zufolge konnte nämlich der Beschädigte unter Umständen einen Schadensersatz verlangen, wenn er auch zur Zeit der Klage gar kein Interesse hatte, ja selbst wenn es ihm zur Zeit der Schadenszufügung an allem Interesse fehlte.

---

16) Das Recht des Schuldners, seine Befreiung von der Verpflichtung zu verlangen, ist ganz unabhängig davon, ob man ihm die alternative Befugniß einräumt, durch Hingabe des Werthes des zuerst untergegangenen Objects sich von seiner Verpflichtung zu befreien. Das Interesse des Schuldners besteht nämlich darin, daß er in die Lage versetzt werde, in welcher er sich befunden hätte, wenn die Sache nicht zu Grunde gegangen wäre. Alsdann aber hätte er diese Sache zur Abtragung der Schuld benutzen können.

Zur Erläuterung dieses Satzes wird folgendes Beispiel in den Quellen angeführt. A hat dem B die Sclaven Stichus und Pamphilus alternativ versprochen, von welchen der erste einen Werth von 10, der zweite von 20 hat. Pamphilus stirbt, ohne daß Jemandem eine Schuld zur Last fällt, am ersten April, und am ersten Juni tödtet der Gläubiger den Stichus. Der Schuldner wird hier, da er durch die That des Gläubigers liberirt wird, in der Regel kein Interesse haben. Nach der **lex Aquilia** ist der Beschädigte jedoch befugt, der Berechnung seines Interesse, sofern ein Sclave getödtet ist, denjenigen Zeitpunkt im letzten Jahr, welcher ihm am günstigsten ist, zu Grunde zu legen; er kann also hier einen Zeitpunkt vor dem ersten April wählen. Damals war ihm aber der Sclave Stichus 20 werth, weil er durch dessen Hingabe sich von der Leistung des Pamphilus hätte befreien können. Der Schuldner kann also 20 in Anspruch nehmen, von welchen jedoch der wirkliche Werth des Stichus, von dessen Leistung er befreit ist, also 10 in Abzug zu bringen sind.[17])

Heutzutage haben diese Bestimmungen keine praktische Bedeutung mehr. Die Grundsätze des römischen Rechts über die Voraussetzungen der **actio legis Aquiliae** gelten allerdings noch immer; die Klage selbst ist aber eine gewöhnliche Interessenklage. Der Strafzusatz, welcher in der eigenthümlichen Art der Berechnung lag, ist hinweggefallen, ebenso wie die römischen Privatstrafen fast ohne Ausnahme ihre Geltung für das heutige Recht verloren haben.[18])

---

§. 27.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Einseitige Obligationen.

Die in den vorhergehenden §§. aufgestellten Grundsätze lassen sich ohne Schwierigkeit auf die einseitigen Obligationen anwenden, so daß wir hier nur wenig hinzuzufügen haben.

---

17) Vergl. L. 55. D. ad l. Aq. (9. 2), v. Vangerow a. a. O. S. 26.

18) Der Standpunkt, welchen wir den römischen Privatstrafen gegenüber einzunehmen haben, ist meiner Meinung nach folgender. Das Institut der Privatstrafen als solches ist nicht recipirt; insofern es sich um die Anwendbarkeit einer einzelnen bestimmten Privatstrafe handelt, muß daher besonders bewiesen

Tritt die casuelle Unmöglichkeit ein, nachdem der Vertrag bindend, aber ehe er perfect geworden, z. B. vor dem Eintreten einer hinzugefügten Bedingung, so wird dadurch, insofern die Unmöglichkeit eine völlige ist, die Entstehung einer wirksamen Obligation gehindert.[1]) Von einem Anspruch auf das **commodum** kann hier nicht die Rede sein, weil die Obligation, sofern die Leistung zur Zeit des Eintretens der Bedingung ohne Verschulden des Debitor unmöglich geworden ist, gar nicht zur Existenz gelangt. Ist die Unmöglichkeit eine theilweise oder zeitweilige, so entsteht die Obligation nur in Beziehung auf den Theil, dessen Leistung noch möglich ist, oder ihre Geltendmachung wird einstweilen suspendirt.

Was die Wirkungen der, nach der Perfection der Obligation eintretenden casuellen Unmöglichkeit betrifft, so stellen wir in der Note die, zum Theil schon früher benutzten Stellen zusammen, in welchen die Wirksamkeit der casuellen Unmöglichkeit für die einzelnen Obligationen anerkannt wird.[2]) Aus diesen Stellen geht hervor, daß der

---

werden, daß diese recipirt sei. Dies läßt sich aber in Beziehung auf den Strafzusatz, welchen der Gegenstand der actio legis Aquiliae enthielt, wie ich dafür halte, nicht darthun. — Die in der Note 1 citirten Schriftsteller weichen hiervon ab, indem sie ihren Entscheidungen die Bestimmungen der lex Aquilia zu Grunde legen. — Wie nach diesen Bestimmungen die einzelnen Fälle zu entscheiden sind, darüber vergl. v. Vangerow a. a. O. S. 24 bis 30.

1) L. 8 pr. i. f. D. de periculo (18. 6). L. 56 §. 8. D. de V. O. (45. 1), vergl. auch L. 14 pr. D. de novat. (46. 2). — Wenn es in der ersten Stelle heißt: „sicuti stipulationes et legata conditionalia peremuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit,“ so dürfte der Ausdruck nicht ganz genau sein.

2) Dieselbe wird anerkannt: a) für die Stipulation in §. 2 I. de inut. stip. (3. 19). L. 33. 37. 51. 83 §§. 5. 7. D. de V. O. (45. 1). L. 8 §. 8. D. de fidejuss. (46. 1). L. 92 pr. D. de solut. (46. 3); b) für das Constitutum in L. 16 §. 3. D. de pec. const. (13. 5); c) für das Commodat in §. 2 I. quib. mod. re (3. 14). L. 1 §. 4. D. de O. et A. (44. 7). L. 5 §§. 4. 13. L. 18 pr. D. commod. (13. 6). L. 1. C. eod. (4. 23); d) für das Depositum in L. 1 §. 5. D. de O. et A. (44. 7). L. 20. D. depos. (16. 3). L. 1. C. eod. (4. 34); e) für das Pignus in §. 4 I. quib. mod. re (3. 14). L. 6. 8. C. de pign. act. (4. 24). L. 19. C. de pignor. (8. 14); f) für die Verpflichtung des Miethers zur Restitution in §. 5 I. de locat. (3. 24). L. 9 §. 4. L. 13 §. 8. D. locati (19. 2). L. 28. C. eodem (4. 65); g) für die Verpflichtung des Ehemanns zur Restitution der dos in L. 10 pr. D. de jure dot. (23. 3). L. 1 §. 6. D. de dote praeleg. (33. 4). Fr. Vat. §. 101;

Grundsatz, demzufolge die casuelle Unmöglichkeit der Leistung in dem Umfange, in welchem sie eingetreten ist, den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, bei den verschiedenartigsten einseitigen Obligationen zur Anwendung gebracht wird, einerlei ob dieselben **stricti juris** oder **bonae fidei** sind, ob die Feststellung des Objects auf der willkührlichen Bestimmung der Paciscenten oder auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Vorausgesetzt ist selbstverständlich nur, daß der Gegenstand der Obligation in solcher Weise festgestellt ist, daß eine Unmöglichkeit eintreten kann. [3])

Einer weiteren Ausführung bedarf es in Betreff der meisten einseitigen Obligationen nicht. Nur in Beziehung auf zwei Classen einseitiger Obligationen sind noch einige Bemerkungen hinzuzufügen; es sind dies die Obligationen, deren Object die durch ein bestimmtes Ereigniß erfolgte Bereicherung des Schuldners ist, wie z. B. die **condictio indebiti**, und diejenigen, aus welchen für den Schuldner unter Umständen Gegenansprüche entstehen, welche durch **actiones contrariae** geltend gemacht werden können.

Daß bei den ersteren Obligationen die Grundsätze über die casuelle Unmöglichkeit zur Anwendung kommen, kann nicht zweifelhaft sein. Tritt daher ohne **dolus** oder **culpa lata** des Empfängers eine Unmöglichkeit ein, das empfangene **indebitum** zu leisten, ohne daß dafür ein Anderes in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, so ist derselbe von seiner Verpflichtung befreit. Kommt eine andere Sache

---

h) für das Mandat in L. 8 §. 10. D. mandati (17. 1). L. 13. C. eod. (4. 35); i) für die negotiorum gestio in L. 22. C. de negot. gest. (2. 19); k) für die Vormundschaft in L. 50. D. de adm. et per. (26. 7). L. 4. C. de periculo tutorum (5. 38); l) für die durch die Berufung zum zum Miterben begründete Verpflichtung zur Collation in L. 2 §. 2. D. de collat. (37. 6); m) für Vermächtnisse einzelner Sachen in §. 16 I. de leg. (2. 20). L. 26 §. 1. L. 35. 36. §. 3. L. 47 §. 6. L. 48 §. 1. D. de leg. 1 (30). L. 30 §§. 4—6. D. ad l. Falcid. (35. 2); n) für Universalfideicommisse in L. 22 §. 3. L. 58 §. 6. D. ad S. C. Trebell. (36. 1).

3) Weil es an diesem Erforderniß fehlt, ist eine Befreiung des Schuldners durch casuelle Unmöglichkeit allgemein ausgeschlossen beim Darlehn, imgleichen bei denjenigen Obligationen aus Delicten, deren alleiniger Gegenstand das Interesse ist. Daß das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit auch bei den vorzugsweise auf Restitution individuell bestimmter Sachen gerichteten Obligationen aus Delicten, wenn gleich nicht ganz, so doch für die meisten Fälle ausgeschlossen ist, hat seinen Grund in der Annahme einer mora ex re.

für das empfangene indebitum in das Vermögen des Schuldners, so ist nunmehr dieses commodum zu leisten. [4])

Der Grund, worauf die Verpflichtung zur Leistung des commodum beruht, ist allerdings ein anderer, als bei den bonae fidei Obligationen; das praktische Resultat ist jedoch dasselbe. — In anderer Beziehung ist aber die Behandlung der auf Herausgabe der Bereicherung gerichteten Obligationen abweichend, indem die römischen Juristen hier nicht bei demjenigen stehen geblieben sind, was über die Gränzen der Unmöglichkeit gilt. Es kommt einzig und allein darauf an, ob eine wirkliche Bereicherung im Vermögen des Schuldners sich findet. Ist daher z. B. eine Quantität Getraide gegeben, und dieses Getraide verzehrt, so kann nicht eine gleiche Quantität Getraide verlangt werden, sondern nur der Werth, um welchen der Empfänger, der sich sonst Lebensmittel hätte anschaffen müssen, bereichert ist. Ist eine Geldsumme indebite gezahlt, und dieses Geld von dem Empfänger ohne dessen Schuld verloren, so ist er nicht verpflichtet, eine gleiche Geldsumme zu restituiren. Eben so kann unter Umständen eine Befreiung des Schuldners eintreten, wenn derselbe für das empfangene Geld eine Sache gekauft hat, welche nachher untergegangen ist. Der casuelle Untergang der gekauften Sache allein genügt aber nicht, um die Befreiung herbeizuführen; dieselbe tritt vielmehr nur unter der Voraussetzung ein, daß der Schuldner durch den Empfang des indebitum zu dem Ankauf der demnächst untergegangenen Sache veranlaßt ist. Hätte der Schuldner die Sache auch sonst sich angeschafft, so ist es etwas durchaus Zufälliges, daß er sie eben mit dem indebite empfangenen Gelde, und nicht mit anderem Gelde bezahlt hat. Eine Bereicherung ist in dem letzten Fall fortwährend vorhanden; dieselbe besteht nämlich darin, daß der Schuldner ungeachtet des Untergangs der Sache nicht ärmer geworden ist. [5])

---

4) L. 32 pr. L. 65 §. 8. D. de cond. indeb. (12. 6).

5) Vergl. L. 50 §. 1. D. de donat. int. V. et U. (24 1): „quia quod aliter emptura non fuit, nisi pecuniam a viro accepisset, hoc consumptum ei periit, qui donavit: — —“ L. 47 §. 1. D. de solut. (46. 3): „nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est.“ — Uebrigens sind die Gründe, um deren willen in den einzelnen Fällen nur eine Verpflichtung auf Herausgabe der Bereicherung anerkannt ist, sehr verschiedenartig, und eben deshalb weichen die Grundsätze, welche in Ansehung dieser Obligationen gelten, im Einzelnen vielfach von einander ab. So haben namentlich auch diejenigen Obligationen, auf welche die obigen Stellen sich beziehen, manche Ei-

Die zuletzt gedachten Grundsätze gelten übrigens nur für diejenigen Obligationen, welche auf die Herausgabe der fortwährend vor-

---

genthümlichkeiten, welche nicht auf die übrigen Obligationen, deren Gegenstand die Bereicherung des Schuldners ist, übertragen werden dürfen. Wir wollen hier nur einige der wichtigsten Punkte hervorheben, indem wir die gedachten Obligationen mit der condictio indebiti vergleichen. — Was zunächst die durch Schenkungen unter Ehegatten begründete Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung betrifft, so kommt es hier nicht in Betracht, auf welche Weise die Bereicherung aus dem Vermögen des Beschenkten ausgeschieden ist, während bei den meisten übrigen Obligationen und namentlich auch bei der condictio indebiti nur diejenige Aufhebung der Bereicherung den Empfänger befreit, welche ohne einen dolus oder eine culpa lata desselben erfolgt ist. Demgemäß hat der Begriff des Casus für die Obligation auf Zurückgabe des von einem Ehegatten Geschenkten keine Bedeutung. Vergl. v. Savigny, System IV. §. 150. Ferner gilt die Bestimmung, daß der beschenkte Ehegatte nie verpflichtet ist, einen größeren Werth herauszugeben, als um welchen der Schenker ärmer geworden ist. L. 28 §. 3. D. de donat. int. V. et U. L. 3. D. pro donato (41. 6). Auch diese Bestimmung hat keine allgemeine Geltung. Nur dann kann allerdings auch bei den übrigen Obligationen auf Herausgabe der Bereicherung unter Umständen eine Bereicherung in dem Vermögen des Schuldners zurückbleiben, wenn die Verpflichtung auf Restitution von Geld sich bezieht, indem der Schuldner in diesem Fall durch Zahlung einer gleichen Geldsumme sich immer befreien kann, wenn er auch, z. B. im Fall eines empfangenen indebitum, mit dem ihm gezahlten Gelde vortheilhafte Geschäfte gemacht hat. Anders ist dies bei sonstigen Fungibilien; hier hat der Schuldner, wenn er dieselben verkauft oder verzehrt hat, den erlangten Kaufpreis oder den Geldwerth, welchen die Sachen zur Zeit der Verzehrung hatten, zu leisten; vergl. L. 65 §. 6. D. de cond. indeb. (12. 6). Der Grund des Unterschiedes liegt darin, daß das Geld in einem noch viel weiter gehenden Sinne fungibel ist, als die übrigen Fungibilien. — Die L. 47 §. 1. D. de solut. bezieht sich auf die Verpflichtung des Pupillen aus den ohne Mitwirkung des Vormundes von ihm abgeschlossenen Contracten, so wie auf die Verpflichtung des Haussohns aus einem Darlehn. Die Vorschriften, welche in den gedachten Fällen jede über die Bereicherung hinausgehende Verpflichtung ausschloссen, hatten den Zweck, den Pupillen und den Haussohn vor den nachtheiligen Folgen jugendlichen Leichtsinns und jugendlicher Unerfahrenheit zu schützen; und eben daraus erklärt es sich, daß eine Fortdauer der Bereicherung hier nur dann angenommen wird, wenn die gekaufte und demnächst untergegangene Sache dem Pupillen oder Haussohn nothwendig war („si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat empturus"). Dasselbe wird wohl nach dem späteren Recht auch in Ansehung der Schenkungen unter Ehegatten anzunehmen sein, während Javolenus der oben angeführten L. 50 §. 1. D. de donat. int. V. et U. zufolge in dieser Beziehung noch die für die sonstigen Obligationen auf Herausgabe der Bereicherung geltenden Grundsätze auf die Schenkungen unter Ehegatten angewendet

handenen Bereicherung des Schuldners gerichtet sind. Dagegen kommen sie nicht zur Anwendung bei den Obligationen, welche nur voraussetzen, daß die Bereicherung in irgend einem bestimmten Moment erfolgt sei, nicht aber, daß dieselbe sich fortwährend in dem Vermögen des Verpflichteten erhalten habe, wie dies z. B. in Ansehung der **actio de in rem verso** der Fall ist. [6]) Diese Obligationen unterscheiden sich, sowie einmal der Gegenstand derselben festgestellt ist, in der hier zur Frage stehenden Beziehung durchaus nicht von den sonstigen Obligationen. Demnach ist zwar auch hier eine Befreiung des Schuldners durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen; eine solche Befreiung kann aber nur angenommen werden, wenn eine wahre Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, wie z. B. wenn eine individuell bestimmte Sache den Gegenstand der Bereicherung ausmacht, und diese ohne ein Verschulden des Debitor untergeht. [7])

In Ansehung der einseitigen Obligationen, bei welchen **actiones contrariae** vorkommen, kann es sich nur fragen, ob die Gegenan-

---

zu haben scheint. Vergl. v. Savigny a. a. O. §. 151. Bei der condictio indebiti gilt dies ohne Zweifel nicht; hier ist eine fortdauernde Bereicherung anzunehmen, auch wenn der Schuldner das empfangene Geld zum Ankauf einer überflüssigen Sache, die später untergegangen ist, verwendet hat, vorausgesetzt, daß er die Sache auch sonst gekauft haben würde. — Die Beweislast, insofern eine Verminderung oder Aufhebung der Bereicherung behauptet wird, trifft, ebenso wie in den Fällen einer wahren Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner; vergl. v. Savigny, System IV. S. 177. — Was die condictio indebiti betrifft, so ist Erxleben, die Condictiones sine causa, Abth. I. §. 12 abweichender Meinung, indem er die ursprüngliche Bereicherung des Empfängers als den Gegenstand der Obligation betrachtet, die Fortdauer der Bereicherung aber nicht für erforderlich hält. Vergl. jedoch über die hier in Betracht kommenden Stellen namentlich Wächter im Archiv f. civ. Pr. XV. S. 122—126.

6) L. 3 §§. 2. 7—10. D. de in rem verso (15. 3). Dasselbe galt nach römischem Recht für die Entschädigungsklagen aus Delicten, welche gegen den Erben nur insoweit gingen, als die an denselben gelangende Erbschaft des Verletzers durch das Delict bereichert war, quatenus ad heredem pervenit. Auch hier kam es nur darauf an, daß überhaupt einmal eine Bereicherung des Erben stattgefunden habe, nicht daß diese eine bleibende sei. L. 17. 19. D. quod metus c. (4. 2). L. 26. D. de dolo (4. 3). L. 127. D. de R. J. (50. 17). Ueber das in Ansehung der letzteren Klagen heutzutage geltende Recht vergl. v. Savigny, System V. §. 211.

7) Vergl. L. 18. D. quod metus c. (4. 2) Julian.: „Si ipsa res, quae ad

sprüche, welche dem Schuldner zustehen, zugleich aufgehoben werden, wenn die Hauptverpflichtung, auf deren Erfüllung die actio directa

---

alium pervenit, interiit: non esse locupletiorem dicemus. Sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea depereat (Florent.: deperdat). — — —“ Die Stelle handelt, wie die L. L. 17. 19 und 20. D. eod., von der Verpflichtung des Erben, dasjenige, was durch die Gewaltthätigkeit seines Erblassers an ihn gelangt ist, dem Verletzten zu restituiren. Den Anfangsworten der Stelle zufolge wird der Erbe, welcher den Besitz der bestimmten, von seinem Erblasser gewaltsam erlangten Sache bekommen hat, durch den casuellen Untergang dieser Sache von seiner Verpflichtung befreit. Die folgenden Worte beziehen sich, wenn man die Lesart depereat annimmt, gleichfalls auf den Untergang der dem Verletzten abgenöthigten Sache, und enthalten dann den durchaus unbedenklichen Satz, daß der Untergang dieser Sache keine Befreiung des Erben zur Folge hat, wenn sie vorher verkauft oder vertauscht war, und somit überall nicht den Gegenstand der Bereicherung ausmachte, auf welchen die Obligation gerichtet war. Wählt man dagegen die Lesart der Florentina: deperdat, so ist man zu der Annahme genöthigt, daß auch der Verlust der eingetauschten Sache keine Befreiung des Erben herbeiführt; denn das Wort deperdat kann auf die dem Verletzten abgenöthigte Sache nicht bezogen werden, weil der Erbe diese in dem abgehandelten Fall nicht mehr besitzt, also auch nicht verlieren kann. — Meines Erachtens ist die zuerst erwähnte Lesart vorzuziehen. Wie die Worte quis exitus sit am natürlichsten auf die dem Verletzten abgenöthigte Sache sich beziehen, von deren Schicksalen allein im Vorhergehenden die Rede gewesen ist, so liegt auch die Annahme am nächsten, daß Julian in den unmittelbar daran sich anschließenden Worten nur von dieser Sache gesprochen habe. Diese Annahme wird überdies unterstützt durch den zweiten, oben nicht abgedruckten Theil der L. 18 cit., in welchem der redliche Besitzer einer Erbschaft, welcher Erbschaftssachen verkauft hat und nun wegen der pretia dieser Sachen haftet, mit dem Erben des Gewaltthätigen verglichen wird; auch hier ist nicht von dem ferneren Schicksal der pretia, sondern nur von den Erbschaftssachen die Rede, daß diese nicht mehr bei dem Besitzer sich befänden, nicht in derselben Lage geblieben seien. — Ferner stehen der Lesart deperdat auch innere Gründe von großer Erheblichkeit entgegen. Dies gilt in gleicher Weise, man mag annehmen, daß schon der Gewaltthätige selbst, oder daß erst der Erbe (versteht sich, ohne daß ihm ein Verschulden zur Last fällt) den Tausch vorgenommen hat. In dem ersten Fall bildet die eingetauschte Sache den ursprünglichen Gegenstand der Bereicherung des Erben und der ihm obliegenden Verpflichtung; in dem zweiten Fall ist der Erbe durch die ohne sein Verschulden erfolgte Veräußerung von seiner Verpflichtung zur Herausgabe der von seinem Erblasser gewaltsam erlangten Sache befreit, er hat aber (ebenso wie der Erbe des Depositars in dem Fall der L. 1 §. 47. D. depos.) das commodum, d. h. die eingetauschte Sache zu leisten. Welchen dieser Fälle man auch supponirt, so

gerichtet ist, durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung aufgehoben wird. Das römische Recht läßt hierüber keinen Zweifel. In verschiedenen Entscheidungen wird es anerkannt, daß die Aufhebung der Hauptverpflichtung keinen Einfluß auf die bereits begründeten Gegenansprüche übt. So kann z. B. der **negotiorum gestor**, welcher eine dem Geschäftsherrn nothwendige Sache gekauft hat, seine Auslagen erstattet verlangen, auch wenn er von der Verpflichtung zur Ablieferung der Sache durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit befreit ist. Eben so kann der Commodatar wegen der auf die geliehene Sache gewendeten Kosten die einmal begründete **actio commodati contraria** anstellen, wenn auch die ge-

---

ist kein Grund abzusehen, weshalb hier die Anwendung der im römischen Recht so allgemein durchgeführten Regeln über die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit ausgeschlossen sein sollte. Dazu kommt endlich noch als ein sehr entscheidendes Moment die Zusammenstellung des Erben des Gewaltthätigen mit dem redlichen Besitzer einer Erbschaft. Daß nämlich der Letztere, wenn er Erbschaftssachen vertauscht hat, durch den casuellen Untergang der eingetauschten Sachen befreit wird, ist nicht zu bezweifeln; ja hier bedarf es, da der redliche Erbschaftsbesitzer nicht, wie der Erbe des Gewaltthätigen, auf die einmal an ihn gelangte Bereicherung, sondern nur auf die fortwährend noch in seinem Vermögen befindliche Bereicherung haftet, nicht einmal einer wahren Unmöglichkeit; vielmehr wird er auch dann befreit, wenn er Erbschaftssachen verkauft und das erlangte Geld demnächst verloren hat; L. 23 pr. L. 25 §. 1. D. de hered. pet. (5. 3). Wenn man dessenungeachtet die Lesart deperdat beibehalten will, so bleibt nicht wohl etwas Anderes übrig, als den Widerspruch zwischen der L. 18. D. quod metus c. und den zuletzt angeführten Stellen dadurch zu erklären, daß dieselben verschiedenen Zeiten angehören. Wenn aber auch das kaiserliche Rescript, auf welches Julian in dem zweiten Theil der L. 18 cit. sich beruft, älter, als das s. g. Senatusconsultum Juventianum ist, so ist es doch überaus zweifelhaft, ob die Bestimmungen des älteren Rechts in der *hier* zur Frage stehenden Beziehung durch das gedachte Senatusconsult und die daran sich anschließende Interpretation wesentliche Aenderungen erlitten haben; zudem ist die Schrift von Julian, welcher die L. 18 entnommen ist, ohne allen Zweifel erst nach dem S. C. Juventianum geschrieben. — Somit dürfte denn die L. 18. D. quod metus c. keine Veranlassung geben, von den allgemeinen Regeln abweichende Grundsätze für die Obligationen anzunehmen, um welche es sich hier handelt. — A. M. ist freilich v. *Savigny*, System IV. S. 71, welcher aus der L. 18 cit. den Satz ableitet, daß der Untergang der für den ursprünglichen Gegenstand der Verpflichtung angekauften oder eingetauschten Sache in den meisten Rechtsverhältnissen nicht als Grund einer Aufhebung der Bereicherung anerkannt werde.

liehene Sache selbst ohne sein Verschulden untergegangen ist und deshalb die **actio commodati directa** nicht angestellt werden kann.[8])

Diese Entscheidungen sind durchaus consequent. Denn wenn auch die Verpflichtung des Schuldners durch das Eintreten der casuellen Unmöglichkeit aufgehoben wird, so kann doch die Sache nicht so angesehen werden, als habe das obligatorische Verhältniß nie bestanden. Dazu würde es einer Fiction bedürfen, welche im römischen Recht nicht angenommen ist. Sieht man aber die Sache einfach so an, wie sie in Wahrheit sich verhält, daß die einmal gültig entstandene Verpflichtung des Schuldners durch ein späteres Ereigniß aufgehoben ist, so liegt kein Grund vor, weshalb diejenigen Gegenansprüche, welche durch **actiones contrariae** geltend gemacht werden können, zugleich mit der Hauptverpflichtung wegfallen sollen. Denn die Leistungen, welche den Gegenstand der **actiones contrariae** bilden, stehen nur insofern in Beziehung zu der Hauptleistung, als dasselbe obligatorische Verhältniß, durch welches die Verpflichtung zu der letzteren Leistung begründet wurde, zugleich die Veranlassung zur Entstehung der Gegenansprüche gegeben hat; sie stehen aber zu der Hauptleistung durchaus nicht in dem Verhältniß von Leistung und Gegenleistung. [9])

Aus dem Bisherigen geht hervor, daß bei den einseitigen Obligationen die Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit von der Verpflichtung befreit, völlig genügt, um die hier eintretenden Wirkungen zu erklären, ohne daß es einer Fiction, sei es der Fiction der Erfüllung oder einer anderen, bedarf.

---

8) L. 10 §. 1. L. 22. D. de negot. gest. (3. 5). L. 18 §. 4. D. commod. (13. 6). L. 8 pr. D. de pign. act. (13. 7). L. 4. D. de impensis (25. 1).

9) Vergl. auch Liebe, Stipulation S. 253 ff. — Daraus, daß bei diesen Obligationen von mutuae actiones und von einem invicem obligari gesprochen wird (§. 2 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 17 §. 3. L. 18 §. 4. D. commod. 13. 6. L. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7), kann man nicht schließen, daß die römischen Juristen dieselben als gegenseitig angesehen hätten. Diese Ausdrücke deuten nichts weiter an, als daß dieselben Personen zugleich Schuldner und Gläubiger sind; vergl. L. 4. C. de compensat. (4. 31). L. 32 §. 14. D. de donat. int. V. et U. (24. 1). A. M. Schilling, Institutionen §. 228 Note t.

Eben deshalb gehen die römischen Juristen auf die Frage, ob die unmöglich gewordene Leistung als erfüllt anzusehn sei, gar nicht ein. Um auszudrücken, daß der Schuldner im Fall einer casuellen Unmöglichkeit nicht zu leisten braucht, bedienen sie sich ganz allgemeiner Ausdrücke, welche nur die Aufhebung der Verpflichtung oder das Nichthaften für Entschädigung bezeichnen, darüber aber keinen Aufschluß geben, ob dieses Nichthaften in einer fingirten Erfüllung seinen Grund habe oder nicht. So heißt es z. B. die Verpflichtung erlische in diesem Fall,[10]) der Schuldner sei nichts schuldig (non debet, nihil debetur),[11]) er werde durch den Casus liberirt,[12]) er sei sicher;[13]) und besonders wird der ganz allgemeine Ausdruck: non tenetur sehr häufig gebraucht.[14]) Eine Fiction der Erfüllung wird selbst in denjenigen Stellen nicht erwähnt, in welchen die Zulassung der actiones contrariae auch nach eingetretener casueller Unmöglichkeit der Hauptleistung anerkannt wird. Nur in einer einzigen Stelle, welche auf die Mora des Gläubigers sich bezieht, der L. 72. pr. D. de solut. (46. 3.) werden Ausdrücke gebraucht, in welchen man eine ausdrückliche Anerkennung der Fiction finden könnte. Dieselben beziehen sich aber auf einen Fall, in welchem eine wahre Unmöglichkeit der Leistung überall nicht vorliegt; zudem geht aus demjenigen, was oben (S. 307) über diese Stelle bemerkt worden ist, klar hervor, daß in derselben von einer eigentlichen Fiction nicht die Rede ist.

Dessenungeachtet behaupten einige neuere Juristen, nämlich Koch[15]) und Fuchs,[16]) daß gerade auch bei einseitigen Obligationen nach rö-

---

10) §. 2 I. de inut. stip. (3. 19). L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3). L. 136 §. 1. D. de V. O. (45. 1).
11) L. 35. D. de leg. 1 (30). L. 30 §§. 4—6. D. ad l. Falcid. (35. 2). L. 37. D. de V. O. (45. 1).
12) L. 11 §. 1. D. de leg. 2 (31). L. 83 §. 5. L. 105. D. de V. O. (45. 1). L. 34 i. f. D. de fidejuss. (46. 1). L. 98 §. 8. D. de solut. (46. 3).
13) §. 4 I. quib. mod. re (3. 14). L. 1 §§. 4. 5. D. de O. et A. (44. 7).
14) L. 54. D. de pactis (2. 14). L. 5 §. 4. D. commod. (13. 6). L. 36 §. 3. L. 48 §. 1. D. de leg. 1 (30). L. 15 pr. D. de operis libert. (38. 1). L. 45. D. de O. et A. (44. 7). L. 33. 51. D. de V. O. (45. 1). L. 92 pr. D. de solut. (46. 3). Ueber die Bedeutung dieses Ausdrucks s. auch oben §. 25 Note 32.
15) Recht der Forderungen I. S. 192 ff. und II. §. 107 Note 12.
16) Im Archiv f. civil. Pr. XXXIV. S. 115 ff.

mischem Recht die casuelle Unmöglichkeit als eine fingirte Erfüllung angesehn werde; und es ist nicht unwichtig, zu untersuchen, ob diese Ansicht begründet ist. Sollten nämlich die römischen Juristen bei den einseitigen Obligationen eine solche Fiction angenommen haben, so würde dies ein bedeutendes Argument dafür sein, daß die Fiction der Erfüllung auch bei den gegenseitigen Obligationen die Regel bilde.

Die Deduction des zuerst angeführten Juristen beruht darauf, daß man nur die Wahl habe, die Sache so anzusehn, als ob die Obligation nie existirt habe, oder als ob sie erfüllt sei. Die Stellen, in welchen es heißt, der Schuldner werde durch Casus liberirt, dienen ihm daher zur Bestätigung seiner Ansicht. Da der Ausdruck: **liberari** die Existenz und Rechtsbeständigkeit der Obligation voraussetzt, so ist durch diese Stellen die Annahme, daß es so anzusehen sei, als habe die Obligation nie existirt, ausgeschlossen; es bleibt also nach der Ansicht von Koch nichts Anderes übrig, als anzunehmen, daß die casuelle Unmöglichkeit für vollendete Erfüllung gelte.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht dürfte sich schon aus dem oben Angeführten ergeben. Es liegt in der That kein Grund vor, weshalb man durchaus zu einer Fiction greifen muß, und nicht auch die Sache so ansehn kann, wie sie wirklich sich verhält, nämlich daß ein obligatorisches Verhältniß bestanden hat, die Verpflichtung aber demnächst durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit aufgehoben ist. Der Ausdruck **liberari** steht dem nicht entgegen; derselbe wird auch in solchen Fällen gebraucht, wo eine Aufhebung der Verpflichtung erfolgt, ohne daß eine Erfüllung stattgefunden hat oder fingirt werden kann, z. B. wenn ein Vertrag durch **mutuus dissensus** aufgehoben wird.[17]

Das Hauptfundament der Deduction von Fuchs bildet, soweit von einseitigen Obligationen die Rede ist, die oben bereits erklärte **L. 72. pr. D. de solut. (46. 3)**. Außerdem beruft er sich namentlich auf die **L. 39. D. de R. J. (50. 17)**: „**In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat.**“ — Diese Stelle ist aber selbst dann nicht beweisend, wenn man mit Fuchs annimmt, daß sie auf Obligationen sich bezieht, und daß in derselben eine eigentliche Fiction der Erfüllung anerkannt wird.

---

17) §. 4 I. quib. mod. obl. toll. (3. 29). L. 95 §. 12. D. de solut. (46. 3). S. ferner auch L. 38 §. 1. D. de noxal. act. (9. 4).

Denn daraus, daß die casuelle Unmöglichkeit in Verbindung mit der Mora des Gläubigers eine Fiction der Erfüllung begründete, würde nicht folgen, daß sie auch für sich allein diese Wirkung hätte. Dazu kommt aber noch, daß die Voraussetzungen, von welchen Fuchs bei der Interpretation der **L. 39. cit.** ausgeht, in hohem Grade unsicher sind. Denn einestheils ist es sehr zweifelhaft, ob die gedachte Stelle überall auf Obligationen und nicht vielmehr auf Bedingungen zu beziehen ist; [18]) anderntheils lassen sich die Worte derselben, wenn man sie auf Obligationen bezieht, sehr wohl in solcher Weise erklären, wie die Worte der **L. 72. pr. D. de solut.**: **„quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse,“** erklärt werden mußten.

Die übrigen Stellen, welche Fuchs für seine Meinung anführt, entsprechen dem Zweck, welchen er mit dieser Anführung verbindet, noch weniger; es läßt sich in der That nicht absehn, wie daraus, daß in einigen Stellen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung neben der Solution als Aufhebungsgrund einer Obligation angeführt wird, gefolgert werden soll, daß die Unmöglichkeit als fingirte Erfüllung betrachtet sei. [19])

Wir werden demnach mit Recht behaupten können, daß eine Fiction der Erfüllung bei einseitigen Obligationen von den römischen Juristen nicht angenommen sei, wie denn auch ein Bedürfniß zu einer solchen Fiction nicht vorlag.

---

§. 28.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Kaufcontract.

Der Grundsatz, daß die nachfolgende casuelle Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, gilt auch für

---

18) Mit Bestimmtheit läßt sich dieses nicht entscheiden. Die übrigen Stellen, welche in den Pandekten außer der L. 39 cit. dem 32. Buch des Pomponius ad Sabinum entnommen sind, handeln aber namentlich über den Besitz und die Usucapion. Da nun eine Hauptanwendung der Bedingungen bei der Tradition vorkam, so liegt es wenigstens eben so nahe, die L. 39 auf die Bedingungen zu beziehen, bei welchen eine Fiction der Erfüllung angenommen wird, wenn der eventuell Verpflichtete oder derjenige, zu dessen Gunsten die Bedingung angeordnet ist, die Erfüllung gehindert hat.

19) Fuchs beruft sich in dieser Beziehung auf L. 9 §. 1. L. 107. D. de solut.

die gegenseitigen Obligationen. Ueber die einzelnen Folgen, welche sich aus diesem Grundsatz für die gegenseitigen Obligationen ergeben, brauchen wir mit Rücksicht auf die Ausführungen in den §§. 25 und 26 nicht viel hinzuzufügen; den hauptsächlichen Gegenstand der folgenden Untersuchung bildet vielmehr die Frage, wie es in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit mit der Gegenleistung zu verhalten sei.

Völlig klare und ausreichende Entscheidungen über diese Frage finden sich nur für den Kaufcontract und die Sachenmiethe; diesen Entscheidungen zufolge gelten aber für den ersteren wesentlich andere Grundsätze, als für die letztere.

Es wird daher nöthig sein, zuerst die für die erwähnten beiden Obligationen geltenden Regeln genauer festzustellen, sodann aber zu untersuchen, aus welchen Gründen die casuelle Unmöglichkeit in der angegebenen Beziehung verschieden behandelt wird. Nur auf diese Weise läßt sich zugleich eine Grundlage für die Untersuchung über die anderen gegenseitigen Obligationen, rücksichtlich deren es an einem genügenden Quellenmaterial fehlt, gewinnen.

Im Bisherigen haben wir bereits mehrfach auf die verschiedenen Wirkungen aufmerksam gemacht, welche die casuelle Unmöglichkeit hat, je nachdem sie vor oder nach der Perfection der Obligation eintritt. Diese Verschiedenheit zeigt sich bei keiner Obligation in so entschiedener Weise, wie bei dem Kaufcontract. — Wir betrachten hier zunächst die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit bei dem perfecten Kaufcontract. 1)

War der Contract bereits perfect, als die casuelle Unmöglichkeit eintrat, so wird der Verkäufer durch dieselbe nicht nur von jeder Haftung auf Leistung der Sache befreit, 2) sondern kann auch die Erstattung der Impensen, welche er etwa auf die Sache gewendet hat, 3)

(46. 3). Die Stellen lassen sich vermehren, z. B. durch Hinzufügung der L. 18 §. 4. D. commod. (13. 6), ohne daß dadurch auch nur der Schein eines Beweises hergestellt wird.

1) Ueber dasjenige, was zur Perfection des Kaufcontracts gehört, vergl. namentlich L. 8 pr. D. de periculo et comm. (18. 6).

2) L. 11. D. de periculo et comm. (18. 6).

3) L. 13 §. 22. D. de act. empti (19. 1). Dieser Stelle zufolge kann der

und überdies sogar die Gegenleistung, das pretium, vom Käufer verlangen. Es treten also ganz dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Verkäufer die contractlich übernommene Verpflichtung erfüllt hätte. Auch wird in mehreren Stellen ausdrücklich gesagt, daß die Sache in dieser Weise aufzufassen sei:

L. 5. §. 2. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) *Julian.* l. 15. Digest.

„Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac *si traditus fuisset.*"

L. 14. D. *de jure dot.* (23. 3.) *Ulp.* l. 34. ad Ed.

L. 15. D. *eodem. Pompon.* l. 14. ad Sabin.

„Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto."

„Quod si per eam non stetisset, *perinde pretium aufert, ac si tradidisset:* quia quod evenit, *emptoris* periculo est."

Die erste Stelle bedarf keiner Erklärung; es ist nur vorauszusetzen, daß der Tod des verkauften Sklaven ohne ein Verschulden des Verkäufers erfolgt ist. — In der zweiten Stelle ist von der aestimatio dotis die Rede, welche durchaus wie ein Kauf betrachtet wird;[4]) wie denn auch die Entscheidung aus den für den Kaufcontract geltenden Grundsätzen hergeleitet wird. Auch in dieser Stelle wird ausdrücklich bemerkt, daß die casuelle Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung gleich stehe.

Ebenso wird in anderen Stellen anerkannt, daß der Käufer schuldig ist, den Kaufpreis zu bezahlen, wenn die gekaufte Sache ohne Verschulden des Verkäufers nicht geliefert werden kann.[5]) In noch anderen Stellen heißt es: so wie der Kauf perfect sei, trage der Käufer das periculum, treffe ihn aller Schaden;[6]) wodurch gleichfalls

---

Verkäufer eines Sclaven, welcher vor der Tradition ohne Schuld des Verkäufers gestorben ist, vom Käufer die Erstattung der Beerdigungskosten verlangen.

4) Vergl. z. B. L. 10 §§. 4. 5. D. de jure dot. (23. 3).

5) §. 3 I. de empt. (3. 23). L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1). L. 6. C. de periculo et comm. (4. 48); vergl. auch L. 10 §. 5. D. de jure dot. (23. 3).

6) L. 62 §. 2. D. de contr. empt. (18. 1). L. 2 §. 1. D. de in diem addict. (18. 2). L. 1 pr. L. 4 §. 1. L. 7 pr. L. 8 pr. L. 16. D. de periculo

ausgedrückt wird, daß der Käufer im Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung keinen Ersatz fordern kann und doch den Kaufpreis bezahlen muß (s. oben §. 21).

In den meisten Stellen ist nur von einer völligen Unmöglichkeit die Rede. Wenn aber der Käufer den Kaufpreis selbst dann zahlen muß, wenn der Verkäufer gar nichts leisten kann, so hat er selbstverständlich nicht weniger den vollen Kaufpreis zu zahlen, wenn die verkaufte Sache ohne Verschulden des Verkäufers nur theilweise oder nur in verschlechtertem Zustande oder nicht sogleich geliefert werden kann (s. auch oben S 290). [7]

Das Resultat steht bei der großen Zahl übereinstimmender Stellen so fest, wie irgend ein Satz des römischen Rechts, und kann dadurch, daß einige wenige Stellen, nämlich die **LL. 12 — 14. D. de periculo** und **L. 33. D. locati** das Tragen der Gefahr beim Kaufcontract von einem anderen Gesichtspunkt aus zu bestimmen scheinen, nicht umgestoßen werden. Die ersteren Stellen lassen sich überdies ohne Schwierigkeit mit der aufgestellten Regel vereinigen.

L. 12. D. *de periculo* **(18 — 6.)** ***Paul.*** **l. 3. Alfeni Epit. Dig.**

L. 13. D. ***eod. Julian.*** **l. 3. ad Urs. Ferocem.**

L. 14. D. eod. ***Paul.*** **l. 3. Alfeni Epit. Dig.**

„Lectos emptos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet:“

„Eumque cum Aedili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedile habuisset, ei praestaret.“

„Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quo minus traderentur, venditoris periculum erit. — §. 1. — Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo, respondit:

---

et comm. (18. 6). L. 11 §. 12. D. quod vi (43. 24). L. 39 i. f. D. de solut. (46. 3). L. 14 pr. D. de furtis (47. 2). L. 1. 2. C. de periculo et commodo (4. 48).

7) S. §. 3 I. de empt. (3. 23). L. 1 pr. init. L. 4 §. 1. L. 7 pr. D. de periculo et comm. (18. 6). L. 2. C. eodem (4. 48).

si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.“

Es sind hier zwei Fälle mitgetheilt, und in beiden wird alles Gewicht darauf gelegt, ob dem Käufer die Waare bereits tradirt sei. Der Grund, weshalb dies geschieht, liegt aber nicht darin, daß Paulus etwa eine andere Ansicht über das Tragen der Gefahr beim Kauf gehabt habe (wovon das Gegentheil aus der L. 34. §. 6. D. de contr. empt. klar hervorgeht), sondern allein in der besonderen Beschaffenheit der mitgetheilten Fälle.

Was den ersten derselben betrifft, so läßt sich die Handlung des Verkäufers, in Folge deren die verkaufte Sache vernichtet ist, nämlich das Hinausstellen der lecti empti auf den Weg, nur dann rechtfertigen, wenn der Käufer trotz der Tradition die gekaufte Sache nicht abgeholt hat, oder wenn ihm eine mora accipiendi zur Last fiel. Die Entscheidung, daß der Verkäufer nur in diesen Fällen von der Verpflichtung zur Entschädigung befreit ist, während er, wenn noch nicht tradirt und auch eine Mora des Käufers nicht eingetreten war, Entschädigung zu leisten hat, erklärt sich also sehr einfach daraus, daß das Hinausstellen der verkauften Sachen auf den Weg in den ersten Fällen als eine berechtigte, in dem letzteren dagegen als eine dem Verkäufer zur Schuld zuzurechnende Handlung erscheint.[8])

In ähnlicher Weise dürfte sich die Entscheidung des zweiten von Paulus mitgetheilten Falles (L. 14. §. 1. cit.) daraus erklären, daß der Verkäufer bis zur Tradition die custodia zu prästiren hat, und daß das furtum regelmäßig einem Mangel genügender custodia zugeschrieben wird.[9])

Es ergiebt sich hieraus, daß die LL. 12 — 14 cit. in keiner Weise geeignet sind, zur Begründung eines allgemeinen Princips für das Tragen der Gefahr beim Kaufcontract zu dienen.

---

8) Vergl. auch Glück, Pandekten XVII. S. 143 ff.

9) Vergl. über die Haftung wegen Diebstahls Hasse, Culpa, Kap. X., bes. §. 91. — Die im Text angeführte Erklärung hat im Wesentlichen auch Glück a. a. O. S. 146 ff. Uebrigens kann man die Stelle mit der Glosse und anderen Auslegern vielleicht auch von einem genus venditum, dem Verkauf einiger Balken aus einer größeren Anzahl, verstehen. In diesem Fall geht, wie wir unten sehen werden, die Gefahr erst mit der gehörigen Aussonderung, mit welcher gewöhnlich zugleich die Tradition erfolgen wird, auf den Käufer über, weil der Contract vorher nicht als perfect betrachtet wird.

Weit schwieriger ist die

L. 33. D. *locati* (19. 2.) *African.* l. 8. Quaest.

„Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto. . . . .“

Nach dem Ausfall der Entscheidung und dem Zusammenhang, in welchem die abgedruckten Worte mit dem sonstigen Inhalt der L. 33. cit. stehen, kann man nicht daran zweifeln, daß Africanus in dem Fall der publicatio eine wahre Unmöglichkeit der Leistung annimmt; sowie daß die publicatio erfolgt ist, ohne daß dem Schuldner eine culpa in Beziehung auf die contractlich übernommene Verpflichtung zur Last fällt. Wäre nämlich das Eine oder das Andere nicht der Fall, so hätte ohne allen Zweifel eine Klage auf das Interesse, welches der Käufer an der Erfüllung des Contracts hatte, und nicht bloß eine Klage auf Restitution des Kaufpreises zugelassen werden müssen.

Man könnte nun geneigt sein, die Zusammenstellung des Kaufcontracts und der Sachenmiethe so zu verstehn, als ob Africanus überhaupt dieselben Grundsätze für den Kaufcontract, wie für die Sachenmiethe, angenommen, also, abweichend von den übrigen Juristen, die casuelle Unmöglichkeit bei dem Kauf nicht der Erfüllung gleich gestellt hätte. Der Zusammenhang unserer Stelle führt aber nicht nothwendig zu einer solchen Auslegung; vielmehr lassen die zur Frage stehenden Worte dem Zusammenhange nach eben so gut, ja noch besser eine Erklärung zu, derzufolge die Entscheidung auf den besonderen vorliegenden Fall zu beschränken ist. Wir müssen nämlich davon ausgehen, daß Africanus in der L. 33. cit. nur die Absicht hat, das Recht der Sachenmiethe, nicht aber das für den Kaufcontract geltende Recht vorzutragen, und daß die oben abgedruckten Worte nur dazu dienen sollen, um die Entscheidung zu motiviren, daß der Verpächter, wenn er die Benutzung des verpachteten Grundstücks wegen einer später eintretenden publicatio nicht prästiren kann, zwar ex conducto hafte, jedoch nur auf Zurückzahlung des Pachtgeldes für die Zeit der gehinderten Benutzung. Fassen wir aber diesen Zusammenhang ins Auge, so ist es nicht wahrscheinlich, daß Africanus, wenn er die Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen ableiten wollte, sich dann auf die für den Kaufcontract geltenden Regeln, und nicht, was

unter diesen Umständen weit einfacher und natürlicher gewesen wäre, auf die allgemeinen Grundsätze über die Sachenmiethe berufen haben sollte; — dagegen konnte es ihm, wenn für den besondern Fall der **publicatio** beim Kauf gleichfalls eine Restitution der Gegenleistung verlangt werden konnte, allerdings nahe liegen, seine Entscheidung dadurch zu motiviren, daß in dem fraglichen Fall selbst beim Kaufcontract die Contractsklage auf Restitution der Gegenleistung zugelassen werde, und um so mehr bei der Sachenmiethe dasselbe gelten müsse. — Dieser letzteren Erklärung müssen wir namentlich auch deshalb den Vorzug geben, weil nach der **L. 39 i. f. D. de solut. (46. 3.)** nicht bezweifelt werden kann, daß Africanus in Ansehung des Kaufcontracts dieselben Grundsätze annahm, wie die übrigen Juristen.

Wenn wir demnach die Entscheidung auf den Fall der **publicatio** beschränken müssen, so fragt es sich, welcher besondere Grund vorliegt, hier von der allgemeinen Regel abzuweichen. Um dies zu erklären, kann man verschiedene Wege einschlagen. Man kann den Grund der abweichenden Entscheidung in der eigenthümlichen Natur des Hindernisses finden, und demgemäß die Entscheidung der **L. 33. cit.** daraus erklären, daß die Nachtheile einer Strafe, welche gegen den Schuldner erkannt ist — mag das Erkenntniß auch im einzelnen Fall ein ungerechtes gewesen sein, oder wenigstens nicht in einer eigenen Verschuldung des Debitor seinen Grund gehabt haben — doch unter keinen Umständen dem Gläubiger, welcher dem die Strafe veranlassenden Ereigniß völlig fremd ist, aufgebürdet werden dürfen. Diese Erklärung setzt voraus, daß die **publicatio**, auf welche die **L. 33.** sich bezieht, eine Strafe und nicht etwa bloß eine im öffentlichen Interesse erfolgte Expropriation gewesen sei. — Man kann jedoch auch, um die Entscheidung zu erklären, von einer anderen Voraussetzung ausgehen, indem man nämlich einen Fall supponirt, in welchem der Grund der **publicatio** bereits zur Zeit der Abschließung des Vertrages eingetreten war, der Verkäufer aber weder Kunde davon gehabt, noch auch in einem nicht zu entschuldigenden Irrthum darüber sich befunden hat. Denn wenn auch im Allgemeinen ein Hinderniß, welches darin seinen Grund hat, daß das Recht des Schuldners zur Zeit der Abschließung des Contracts ein mangelhaftes war, nicht berücksichtigt wird (§. 5. a. E.), so werden doch gerade in dem hier erörterten Fall mitunter solche Umstände vorliegen, daß dessenungeachtet nach den oben (S. 20) aufgestellten Grundsätzen ausnahmsweise eine wahre Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden muß. Die

Folge einer solchen Annahme könnte aber keine andere, als die in der **L. 33.** anerkannte, sein, da der Grund der Unmöglichkeit schon zur Zeit der Entstehung der Obligation eingetreten war.[10])

Mag man nun die eine oder die andere Erklärung annehmen, jedenfalls steht so viel fest, daß die Regel, derzufolge die nach der Perfection des Kaufcontracts eintretende casuelle Unmöglichkeit gleiche Wirkungen, wie die Erfüllung hat, durch die **L. 33. D. locati** nicht in Zweifel gesetzt werden kann.

Die gedachte Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahmen. Von der **publicatio** ist so eben die Rede gewesen. Ob aus der **L. 33. D. locati** (19. 2) eine für diesen Fall geltende Ausnahme hergeleitet werden kann, ist zweifelhaft; doch dürften erhebliche innere Gründe dafür sprechen, ein Recht des Verkäufers auf die Gegenleistung dann immer auszuschließen, wenn die **publicatio** — sei es auch ohne eine dem Verkäufer persönlich zur Last fallende Verschuldung — als Strafe gegen ihn verhängt ist. — Eine bedeutendere und durchaus sichere Ausnahme haben wir ferner oben (§. 22.) kennen gelernt. Wenn die Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß der Käufer auf anderem Wege die ihm verkaufte Sache erworben hat, so fällt mit der Verpflichtung zur Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung hinweg; die Fiction der Erfüllung ist also für diesen Fall ausgeschlossen. — Ebenso haben wir ohne Zweifel für den Fall eine Ausnahme zu machen, wenn der Grund der Unmöglichkeit darin liegt, daß der Käufer die rechtliche Fähigkeit, den gekauften Gegenstand zu erwerben, nachher verloren hat. Es würde der **bona fides** entschieden widersprechen, wenn der Verkäufer, der die Sache in diesem Fall behält, überdies den Kaufpreis in Anspruch nehmen wollte.

---

10) Vergl. über die verschiedenen Erklärungen der L. 33. D. locati Glück, Pandekten XVII. S. 135 ff. Die L. 11 pr. D. de evict. (21. 2), welche nach der Ansicht mancher Rechtslehrer in Widerspruch mit der L. 33 cit. stehen soll, gehört gar nicht hierher. Die Expropriation erfolgte hier, nachdem das verkaufte Grundstück schon tradirt war; sie war auch nicht die Folge einer mangelhaften Erfüllung, vielmehr war im Fall der L. 11 pr. die Verpflichtung des Verkäufers durch die vollständige Erfüllung schon vollständig aufgehoben, als die Expropriation erfolgte. Daß aber der Schuldner nicht für die casus futuri haften kann, versteht sich ganz von selbst, und dadurch eben wird die Entscheidung auch motivirt.

Von den so eben dargestellten Grundsätzen über den perfecten Kaufcontract weichen diejenigen, welche für den imperfecten Kaufcontract gelten, wesentlich ab. Zwar kann auch hier im Fall einer casuellen Unmöglichkeit dem Verkäufer keine Entschädigung abgefordert werden; der Käufer ist aber in diesem Fall gleichfalls von seiner Verpflichtung befreit, indem die von den Contrahenten beabsichtigte Obligation nicht zur Entstehung kommt, wenn vor der Perfection derselben die casuelle Unmöglichkeit der Leistung eintritt.

Alle Fälle eines imperfecten Kaufcontracts lassen sich unter den Begriff des bedingten Kaufs subsumiren; im Nachfolgenden werden wir jedoch den Contract, welchem eine Bedingung ausdrücklich hinzugefügt ist, von den anderen Fällen eines imperfecten Kaufcontracts trennen, und von den letzteren nur die hauptsächlichsten betrachten. [11])

1) Bedingter Kauf. Wenn die Bedingung deficirt, so entsteht schon aus diesem Grunde keine Verpflichtung; durch das Eintreten der Bedingung wird dagegen der Vertrag perfect. Wir haben es hier daher nur mit dem Fall zu thun, wenn zwar die Bedingung eintritt, die Leistung aber vor dem Eintreten der Bedingung ohne Verschulden des Verkäufers unmöglich geworden ist.

Ist in diesem Fall die Unmöglichkeit eine völlige, so gelangt der Kaufcontract nicht zur Entstehung; der Käufer braucht also den Kaufpreis nicht zu bezahlen. [12]) Die Entscheidungen in den Quellen beziehen sich sämmtlich auf den Fall, wenn der Gegenstand des Contracts vor dem Eintreten der Bedingung untergegangen ist; doch ist ganz dasselbe für alle andern Fälle einer völligen Unmöglichkeit anzunehmen, so z. B. auch für den Fall einer Expropriation.

Ist die Sache theilweise untergegangen, so kann selbstverständlich der Käufer nicht die ganze Sache verlangen; [13]) ob er an den Contract gebunden ist, so daß er die noch übrigen Theile der Sache gegen einen verhältnißmäßig reducirten Kaufpreis annehmen muß, oder

---

11) Ueber die Fälle des imperfecten Kaufcontracts und die dafür geltenden Grundsätze ist besonders Thöl, Handelsrecht I. §§. 73—76, zu vergleichen, dem ich mich namentlich in der Classificirung angeschlossen habe.

12) L. 8 pr. D. de periculo et commodo (18. 6). L. 10 §§. 4. 5. D. de jure dot. (23. 3). L. 5. C. de periculo et commodo (4. 48); vergl. auch L. 10 pr. D. eodem (18. 6).

13) Vergl. L. 10 §. 1. D. de periculo et commodo (18. 6), wo die Vermessung als Bedingung anzusehen ist.

ob ihm das Recht einzuräumen ist, von dem Vertrage zurückzutreten, ist ganz nach den Bestimmungen zu entscheiden, welche in den Fällen einer sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit zur Anwendung kommen, wenn keiner der Contrahenten mit der Unmöglichkeit bekannt gewesen ist (S. 287).

Dies gilt in gleicher Weise für alle Arten der theilweisen Unmöglichkeit; also namentlich auch für die zeitweilige Unmöglichkeit. Selbst für denjenigen Fall, wenn die Unmöglichkeit auf die Qualität der zu leistenden Sache sich bezieht, ist eine wahre Ausnahme von den gedachten Regeln nicht anzuerkennen. Zwar findet sich in den Quellen die ausdrückliche Bestimmung, daß der Käufer die Gefahr der ohne ein Verschulden des Verkäufers eintretenden Deterioration des Kaufobjects trage, daß er also den ganzen Kaufpreis zahlen müsse, wenn die verkaufte Sache ihrem ganzen äußeren Umfange nach zur Zeit des Eintretens der Bedingung noch geliefert werden könne, inzwischen aber eine Deterioration erlitten habe. [14]) Diese Bestimmung ist jedoch auf den Fall zu beschränken, wenn die Qualität, welche die Sache zur Zeit der Abschließung des Vertrages hatte, nicht ausdrücklich mit zum Gegenstande der Obligation gemacht ist. Sie steht alsdann mit den aufgestellten Regeln nicht in Widerspruch, weil die Deterioration der Sache nur dann eine theilweise Unmöglichkeit der Leistung begründet, wenn die Verpflichtung des Schuldners auf Prästation einer bestimmten Qualität sich bezieht. [15])

Zu den bedingten Kaufcontracten gehört auch der Kauf **ad gustum** (auf Besicht). Hier trägt jedoch der Käufer gar keine Gefahr, auch nicht die der Deterioration. Der Grund dieser Bestimmung liegt allein darin, daß die Bedingung eine potestative ist, der Käufer im Fall einer Deterioration es also in seiner Gewalt hat, durch Nichtgenehmigung der Waare die Bedingung deficiren zu lassen. [16])

2) Imperfecter Kauf in Beziehung auf den Preis. — So lange der Preis nicht völlig festgestellt ist, gilt der Kauf nicht als perfect. Ein in den Quellen besonders hervorgehobener Fall ist der,

---

14) L. 8 pr. D. de periculo (18. 6): „Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris." Fr. Vat. §. 16.

15) Wenn wir im Nachfolgenden bei anderen Arten des imperfecten Kaufcontracts von der Gefahr der Deterioration sprechen, schließen wir diesen letzten Fall, welcher überdies auch der bei weitem seltenere ist, immer aus.

16) L. 1 pr. L. 4 pr. §. 1. D. de periculo (18. 6).

wenn die Höhe des Preises abhängig gemacht ist von dem noch zu ermittelnden Quantum der verkauften Waare (Maß, Zahl oder Gewicht). — Der Kauf wird in diesem Fall als ein bedingter angesehn, nämlich abgeschlossen unter der Bedingung, daß der Preis durch die Zumessung noch festgestellt werde. — Tritt nun eine Unmöglichkeit der Leistung vor der Zumessung ein, so trägt der Verkäufer den Schaden, indem er von dem Käufer keine Gegenleistung in Anspruch nehmen kann.[17]) Den Schaden der Deterioration trägt nach Analogie der Grundsätze über den bedingten Kauf der Käufer.[18])

3) Imperfecter Kauf in Beziehung auf die Waare. Hier sind zwei Fälle besonders hervorzuheben:

a) Kauf einer **res futura.** Die Perfection des Contracts tritt in diesem Fall mit der Entstehung der Sache ein, so daß mit diesem Augenblick die für den perfecten Kauf geltenden Bestimmungen sofort in Wirksamkeit treten. Bis dahin ist der Kauf, vorausgesetzt natürlich, daß nicht eine alea Gegenstand desselben ist, imperfect; der Kauf einer res futura wird nämlich angesehn, als bedingt dadurch, daß die verkaufte Sache überhaupt zur Existenz kommt. Es entsteht daher, wenn die Sache ohne ein Verschulden des Debitor nicht zur Existenz gelangt, keine wirksame Obligation, so daß also auch die Gegenleistung nicht gefordert werden kann.[19]) Gelangt die Sache nur theilweise zur Existenz, so sind dieselben Grundsätze zur Anwendung zu bringen, wie bei demjenigen Kaufcontract, welchem eine Bedingung ausdrücklich hinzugefügt ist.[20])

---

17) L. 35 §§. 5. 6. D. de contr. empt. (18. 1). Auf einen solchen Fall ist wohl auch die L. 1 §. 1. D. de periculo (18. 6) zu beziehen. — Von diesem Kauf ist wesentlich verschieden der s. g. Aversionalkauf, dessen gleichfalls in den citirten Stellen, so wie in L. 62 §. 2. D. de contr. empt. (18. 1) und L. 4 §. 1. D. de periculo (18. 6) erwähnt wird, z. B. der Kaufcontract über ein bestimmtes Faß Wein, das in einem bestimmten Raum liegende Getraide, zu einem für das Ganze festgesetzten Preise. Dieser Kauf ist sogleich perfect, so daß hier die Gefahr sogleich von dem Käufer getragen wird.

18) Von der anscheinend widersprechenden L. 2. C. de periculo et commodo (4. 48) wird weiter unten bei dem Kauf eines genus die Rede sein.

19) L. 8 pr. D. de contr. empt. (18. 1).

20) Damit stimmt auch die Entscheidung der L. 39 §. 1. D. de contr. empt. (18. 1) völlig überein, derzufolge der Kaufcontract, wenn vor der Oelerndte zehn Pfund des zu gewinnenden Oels verkauft sind, und demnächst im Ganzen nur fünf Pfund gewonnen werden, regelmäßig in Ansehung der gewonnenen

Der Kaufcontract über eine **res futura** kommt in vielen verschiedenen Anwendungen vor. Eine der wichtigsten Anwendungen, auf welche wir unten im §. 31 zurückkommen werden, ist die, wenn eine vom Verkäufer noch anzufertigende Sache, die Ausführung eines **opus**, den Gegenstand des Kaufcontracts bildet.

b) Kauf eines **genus**. — Ist der Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, ohne daß eine sonstige Beschränkung hinzugefügt ist, so kann eine Unmöglichkeit der Leistung nicht wohl eintreten. Der Fall, den wir hier vor Augen haben, ist der, wenn die Gattung, aus welcher die zu liefernde Sache ausgeschieden werden soll, eine beschränkte ist, z. B. wenn zwei Eimer Wein aus einem bestimmten Faß oder eines der dem Verkäufer gehörigen Pferde zum Gegenstande des Contracts gemacht sind. Hier ist das Eintreten einer Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen.

Sehen wir bei Beurtheilung dieses Falls von positiven Bestimmungen ab, so scheint es, daß, wenn eine casuelle Unmöglichkeit in Ansehung aller der Gegenstände eintritt, welche als mögliche Objecte durch die Obligation bezeichnet sind, dann der Käufer consequenterweise die Gefahr tragen müsse. Daß die Aussonderung der zu liefernden Sache etwa noch nicht erfolgt ist, erscheint an sich als irrelevant, da es jedenfalls feststeht, daß dasjenige, was geliefert werden sollte, von dem Casus mitbetroffen ist. Demgemäß wird auch bei alternativen Obligationen erkannt, daß der Käufer den Kaufpreis zu zahlen habe, wenn die Leistung sämmtlicher Gegenstände, auf welche die Obligation sich bezieht, casuell unmöglich geworden ist.[21])

Dessenungeachtet werden von den römischen Juristen bei dem Kauf eines **genus** andere Grundsätze zur Anwendung gebracht. Es wird ausdrücklich gesagt, daß, wenn eine gewisse Quantität Wein aus einem bestimmten Faß verkauft sei, der Verkäufer bis zur Zumessung der verkauften Quantität die Gefahr trage.[22]) Während nämlich die

---

fünf Pfund aufrecht erhalten wird. Häufig wird hier durch die Bestimmung über die Quantität nur das Maximum bezeichnet sein, welches vom Käufer verlangt werden kann; zudem stehen, wenn Quantitäten fungibler Sachen verkauft sind, die einzelnen Theile der Leistung nicht in einem so nahen Zusammenhange, daß man, ohne daß besondere sonstige Gründe dafür vorliegen, annehmen könnte, dem Käufer sei es nur um die ganze Quantität, nicht aber eventuell um einen Theil derselben zu thun gewesen.

21) L. 34 §. 6. D. de contr. empt. (18. 1).

22) L. 35 §. 7. D. de contr. empt. (18. 1). L. 5. D. de periculo (18. 6).

Römer die alternative Obligation als eine unbedingte und sogleich perfecte ansahen, betrachteten sie die obligatio generis als bedingt durch die gehörige Ausscheidung des zu liefernden Objects aus der Gattung;[23] sie brachten demgemäß bei dem Kauf eines genus die

23) Dies geht besonders auch aus L. 72 §. 4. D. de solut. (46. 3) hervor. Dieser Stelle zufolge wird die auf Leistung des Stichus oder Pamphilus gerichtete alternative Obligation, wenn Pamphilus dem Gläubiger gehört, so behandelt, als ob sie nur auf den Stichus gerichtet wäre; der Schuldner kann also selbst dann, wenn Pamphilus später vom Gläubiger veräußert ist, sich durch Hingabe desselben nicht befreien; er wird ferner durch den ohne sein Verschulden erfolgenden Tod des Stichus immer befreit (vergl. auch L. 128. D. de V. O.). Dagegen kann, wenn ein Sclave schlechthin versprochen ist, auch ein solcher gegeben werden, welcher zur Zeit des Vertrages dem Gläubiger gehörte. Imgleichen wird, wenn einer der drei von Sempronius hinterlassenen Sclaven Gegenstand der Obligation ist, und einer derselben zur Zeit der Entstehung der Obligation dem Gläubiger gehörte, eine Unmöglichkeit der Leistung nicht ohne Weiteres angenommen, wenn vor erfolgter Wahl die beiden anderen Sclaven ohne Verschulden des Debitor sterben; vielmehr wird der dritte Sclave nunmehr als Gegenstand der Obligation angesehen, sofern derselbe vor dem Tode der anderen Sclaven aufgehört hat, im Vermögen des Gläubigers zu sein. — Diese letztere Entscheidung läßt sich nur daraus erklären, daß man die obligatio generis als eine bedingte Obligation ansah, indem bei bedingten Obligationen die Frage, ob eine Unmöglichkeit vorliegt, nach der Zeit des Eintretens der Bedingung sich entscheidet (S. 151 ff.). — Dem widerspricht nicht der Umstand, daß das legatum generis auch vor der Wahl auf den Erben transmittirt wurde (L. 12 §. 7. D. quando dies leg. 36. 2), da die Bedingungen, welche nur tacite insunt, den dies cedens nicht hinausschieben; vergl. z. B. L. 25 §. 1. D. eod. mit L. 1. §. 3. D de condit. (35. 1). — Schwieriger ist die L. 66 §§. 2. 3. D. de leg. 2 (31). Gerade für den Fall, welcher hier allein von Bedeutung ist, bestätigt sie aber den in der L. 72 §. 4. D. de solut. aufgestellten Grundsatz, während sie allerdings im §. 3 die Anwendung desselben für den Fall ausschließt, wenn die Gattung, welcher der zu leistende Gegenstand angehören soll, nicht näher beschränkt ist. Für unsere Frage kommt das Letztere nicht wesentlich in Betracht, da eine Unmöglichkeit der Leistung in dem zuletzt gedachten Fall nicht wohl eintreten kann; überdies dürfte, wenn einmal in dem Einen, und zwar dem bedenklicheren Falle die obligatio generis als eine bedingte Obligation betrachtet wird, kein Grund vorliegen, weshalb nicht dasselbe auch in Betreff des anderen Falles gelten sollte, und dürfte demgemäß der L. 72 §. 4. D. de solut. vor der widersprechenden Entscheidung in dem §. 3 der L. 66 cit. der Vorzug zu geben sein. — Die Ansicht v. Savigny's, Obligationenrecht I. §. 38 q. t., daß die generische Obligation, welche nur auf eine Auswahl zwischen bestimmten einzelnen Gegenständen führt, als eine alternative Obligation zu betrachten sei, dürfte, so sehr sie auch durch innere

für den bedingten Kauf geltenden Grundsätze zur Anwendung, so daß die Gefahr in diesem Fall erst mit der Ausscheidung der Sache aus dem genus, z. B. der Zumessung, auf den Käufer übergeht. 24)

Wer bei dem Verkauf eines genus die Gefahr der Deterioration trägt, kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht zweifelhaft sein. Aus der Gleichstellung dieses Kaufcontracts mit dem bedingten Kauf folgt, daß der Käufer den Nachtheil tragen muß, welcher durch eine Verschlechterung der gekauften Sache eintritt. Doch gilt dies nur dann, wenn alle Gegenstände, aus denen der zu liefernde entnommen werden soll, deteriorirt sind. Sind z. B. zwei Eimer von dem im Keller liegenden Wein verkauft, so trägt der Käufer nicht den Nachtheil, wenn ein oder mehre Fässer dieses Weins verdorben sind, solange nur noch der Wein in Einem der im Keller befindlichen Fässer unverdorben ist. Diesem Resultat dürfte auch die L. 2 C. de periculo et commodo (4. 48.) nicht widersprechen, indem sie ohne Zweifel auf einen Fall der zuletzt gedachten Art zu beziehen ist. 25)

---

§. 29.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Sachenmiethe. — Emphyteutischer Vertrag. — Allgemeine Grundsätze.

Die casuelle Unmöglichkeit wird, wie wir oben bereits bemerkt haben, von den römischen Juristen bei der Sachenmiethe anders, als

---

Gründe unterstützt wird, doch dem Ausgeführten zufolge mit den Entscheidungen in den Quellen nicht in Einklang zu bringen sein.

24) Der Zumessung wird in der L. 5. D. de periculo (18. 6) die Mora des Gläubigers gleichgestellt, sofern durch dieselbe die Zumessung gehindert ist. Dies erklärt sich daraus, daß die Mora zur Leistung des Interesse verpflichtet; das Interesse des Verkäufers besteht aber in dem zur Frage stehenden Fall darin, daß es in Ansehung des periculum so angesehen werde, als ob die Zumessung zu Stande gekommen, der Contract mithin perfect geworden wäre.

25) A. M. Unterholzner, Schuldverhaltnisse II. §. 454 Note m, welcher annimmt, daß der Verkäufer die Gefahr der Deterioration trage, und sich dafür theils auf L. 2. C. cit., theils auf L. 35 §. 7. D. de contr. empt. (18. 1) und L. 5. D. de periculo (18. 6) beruft. Wenn es jedoch in den letzten

beim Kaufcontract behandelt. Der Vermiether ist allerdings der allgemeinen Regel zufolge nicht verpflichtet, für die ohne sein Verschulden unmöglich gewordene Leistung einen Ersatz zu geben; es wird aber nicht so angesehn, als ob die unmöglich gewordene Leistung erfüllt wäre, und eben deshalb kann der Vermiether das Miethgeld nur für die Zeit verlangen, während welcher er dem Miether die Benutzung prästirt hat. 1) Hat der Miether das Miethgeld für eine längere Zeit vorausbezahlt, so kann er das zu viel Bezahlte zurückverlangen; er hat das Miethgeld nur als Gegenleistung, „ut sibi in causam conductionis proficeret," gegeben, diese causa ist aber mit dem Wegfallen der Leistung zugleich hinweggefallen. 2)

Der Grundsatz, daß die Gegenleistung nur insoweit verlangt werden kann, als die Leistung beschafft ist, kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch den Miether herbeigeführt ist, oder in dessen Verhältnissen ihren Grund hat. Insofern jedoch den Miether ein Verschulden trifft, oder derselbe die Leistung nicht hat annehmen wollen, kann der Vermiether wegen der verhinderten Leistung eine Entschädigung in Anspruch nehmen, welche, sofern er nicht anderweitig während der Miethzeit Vortheile von der vermietheten Sache gezogen hat, regelmäßig in der Gegenleistung besteht. 3) Ja wir müssen nach der hier durchaus zutreffenden Analogie der Bestimmungen über die locatio operarum (§. 30) annehmen, daß der Miether selbst dann wegen der gehinderten Leistung den Vermiether zu ent-

---

Stellen heißt, daß der Verkäufer omne periculum bis zur Zumessung zu tragen habe, so soll damit, wie der Zusammenhang ergiebt, nicht der Gegensatz gegen das s. g. periculum interitus ausgedrückt werden, sondern der Gegensatz gegen das periculum culpae, auf welches beim perfecten Kauf, so wie im Fall einer Mora des Käufers das Risiko des Verkäufers sich beschränkt.

1) L. 9 §§. 4. 6. L. 19 §. 6. L. 30 §. 1. D. locati (19. 2). Der erste Satz der L. 33. D. eod. scheint dem zu widersprechen, doch wird derselbe im weiteren Verlauf der Stelle so beschränkt, daß eine vollständige Uebereinstimmung besteht.

2) L. 19 §. 6. D. locati (19. 2). Es ist derselbe Grund, welcher in L. 15 §. 2 i. f. D. locati durch die Worte ausgedrückt wird: „oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit." In beiden Stellen wird das entscheidende Gewicht allein darauf gelegt, daß das Miethgeld als Gegenleistung zu betrachten ist.

3) L. 55 §. 2. D. locati (19. 2).

schädigen hat, wenn factische, seine Person betreffende Hindernisse ihm die Annahme der Leistung unmöglich gemacht haben.[4])

Ist die Benutzung theilweise unmöglich geworden, so ist der Miether nicht verpflichtet, das ganze Miethgeld zu zahlen. Ob er in diesem Fall das Recht hat, von dem Vertrage zurückzutreten, oder nur eine Reduction der Gegenleistung verlangen kann, hängt davon ab, ob die Benutzung in irgend wesentlicher Weise gehindert ist. Man wird hier, wie in den Fällen einer sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit (S. 181 ff.) dem Miether sehr häufig ein Wahlrecht einräumen müssen.[5]) Es wird jedoch ausdrücklich hervorgehoben, daß nicht wegen jeder geringfügigen und vorübergehenden Hinderung der Benutzung, wie sie z. B. mit den meisten laufenden Reparaturen verbunden ist, eine Reduction des Miethgeldes verlangt werden kann;[6]) noch weniger steht dem Miether das Recht zu, wegen einer solchen Behinderung von dem Vertrage zurückzutreten.

Die zeitweilige Unmöglichkeit, insofern sie sich auf die Benutzung des Gegenstandes in seinem ganzen Umfange bezieht, steht für die Zeit ihrer Dauer der völligen Unmöglichkeit gleich, insofern die Miethe, wie das fast ohne Ausnahme geschieht, für eine nach Kalendertagen bestimmte Zeit abgeschlossen ist. Ja sie wirkt unter Umständen über die Zeit ihrer Dauer hinaus, indem der Miether, wenn er nicht zur contractlich bestimmten Zeit antreten kann, oder wenn eine längere Unterbrechung eintritt, regelmäßig berechtigt ist, ganz von dem Vertrage zurückzutreten.[7])

Eine besondere Anwendung der Grundsätze über die casuelle

---

4) So wird, wie ich glaube, der Miether, wenn er durch Krankheit verhindert ist, die gemiethete Wohnung zu beziehen, immer zur Entschädigung verpflichtet sein, selbst dann, wenn er das Recht zur Veraftermiethung nicht hatte, und somit auch durch Andere die Wohnung nicht benutzen konnte. — Anders würde dagegen die Entscheidung ausfallen müssen, wenn eine juristische Unmöglichkeit der Annahme eintritt; was allerdings nicht leicht der Fall sein wird. — Vergl. darüber auch unten die Ausführungen bei der locatio operarum (§. 30).

5) Vergl. L. 25 §. 2. L. 60 pr. D. locati (19. 2).

6) Vergl. L. 27 pr. D. locati (19. 2).

7) Vergl. L. 24 §. 4. L. 60 pr. D. locati (19. 2). — Der Miether einer Wohnung ist jedoch an den Contract gebunden, wenn der Vermiether ihm für die Dauer der Unmöglichkeit eine ebenso bequeme Wohnung anweist; L. 60 pr. D. cit.

Unmöglichkeit kommt bei der Pacht von ländlichen Grundstücken vor; der Pächter kann nämlich wegen erheblicher casueller Schäden, welche die Früchte vor der Perception treffen, eine verhältnißmäßige Remission des Pachtgeldes verlangen.[8]) Ein Zurücktreten vom Vertrage ist hier selbstverständlich nicht gestattet, da die Wirkungen des Casus sich nur auf die Vergangenheit beziehen, derselbe aber auf die künftige Benutzung keinen Einfluß äußert.

Aehnliche Grundsätze, wie für die Sachenmiethe, gelten für den verwandten emphyteutischen Vertrag. Der gänzliche Untergang der Sache befreit von der Verpflichtung zu fernerer Zahlung des Canon. Dagegen hat hier eine bloße Deterioration des Grundstücks, sowie ein theilweiser Untergang desselben keinen Einfluß auf die Verpflichtung des Emphyteuta. Dies erklärt sich theils aus der Natur der Emphyteuse als eines dauernden, vererblichen Verhältnisses, theils daraus, daß der Canon nicht in gleicher Weise, wie das Miethgeld als eine der Benutzung völlig entsprechende Gegenleistung betrachtet wird.[9])

Wenn wir die Grundsätze, welche für den Kauf und die Sachenmiethe gelten, mit einander vergleichen, so drängen sich uns die Fragen auf: worin liegt der Grund, daß bei diesen Contracten eine so verschiedene Behandlung der casuellen Unmöglichkeit eintritt, und welchen der zur Frage stehenden Grundsätze haben wir als die Regel zu betrachten?

---

8) L. 15 §§. 2—5. §. 7. L. 25 §. 6. D. locati (19. 2). Trifft der Schaden die Früchte nach der Perception, also zu einer Zeit, wo die Benutzung bereits prästirt ist, so kann eine Remission nicht verlangt werden; denn für die casus futuri hat der Schuldner nie zu haften; vergl. auch §. 28 Note 10. — Die sonstigen Bestimmungen des römischen Rechts, welche sich auf die Remission des Pachtgeldes beziehen, erklären sich nicht aus den Grundsätzen, welche für die casuelle Unmöglichkeit gelten, sondern aus dem durchaus gerechtfertigten Bestreben, den Vermiether vor unbilligen Forderungen des Miethers sicher zu stellen.

9) §. 3 I. de locat. (3. 24). L. 1. C. de jure emphyt. (4. 66). S. auch Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 50 ff.

Die älteren Juristen sahen mit wenigen Ausnahmen den für die Sachenmiethe geltenden Grundsatz als die Regel, dagegen den für den Kauf geltenden als eine rein positive und deshalb möglichst zu beschränkende Ausnahme an. Da sie sämmtlich von dem Satz: **casum sentit dominus** ausgingen, so mußte ihnen die im römischen Recht für den Kauf anerkannte Regel sehr anstößig sein; einzelne gingen sogar so weit, mit Beziehung auf **L. 33. D. locati (19. 2)** und **L. 12 — 14. D. de periculo (18. 6)** zu behaupten, daß der Käufer nicht verpflichtet sei, den Preis zu zahlen, wenn der Verkäufer ohne seine Schuld in die Unmöglichkeit, zu leisten, versetzt sei. [10])

Der Grund der beim Kauf geltenden Ausnahme wurde in verschiedener Weise bestimmt. Sehr viele beriefen sich allein darauf, daß dem Käufer auch das **commodum rei** zufalle, und daß es Sache des Käufers gewesen wäre, sogleich das **pretium** zu offeriren, in welchem Fall er die Sache noch in ihrer Integrität hätte erhalten können. [11]) Andere Juristen fanden in dem Grundsatze, daß der Käufer die Gefahr trage, eine Anwendung der neben dem Satze: **casum sentit dominus** von ihnen angenommenen Regel: **debitor speciei liberatur interitu rei.** [12])

Ueber den letzten Grundsatz und dessen Vereinigung mit der Regel: **casum sentit dominus** haben wir oben schon gesprochen; hier genügt es zu bemerken, daß die Regel: **debitor speciei liberatur interitu rei,** nie weiter führt, als zu dem Satz, daß dem Verkäufer, dem es ohne sein Verschulden unmöglich wird, die verkaufte Sache zu leisten, keine Verpflichtung zur Entschädigung obliegt. — Nicht zureichender ist die zuerst angeführte Motivirung des für den Kaufcontract geltenden Grundsatzes. Mit demselben Recht, mit welchem dort gesagt ist, der

---

10) S. Glück, Pandekten IV. S. 380.

11) Vergl. z. B. d'Avezan, l. Contract. II. tract. 1 (Meermann, thes. IV. p. 94 seq.), Hahn ad Wesenbec. tit. de periculo et commodo, Wernher, observat. P. IV. obs. 214 §. 72 seq. — Huber, praelect. ad. tit. Dig. de periculo Nr. 3 geht zur Erklärung unseres Satzes auf das Naturrecht zurück, indem er bemerkt, daß nach natürlichen Principien das Eigenthum schon durch die conventio übergehe.

12) Vergl. z. B. Voet, comment. ad tit. de periculo Nr. 1, Hofacker principia jur. civ. §. 1907. Von den neueren Schriftstellern sind hier anzuführen: Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 454 Note a und Schilling, Institutionen III. §. 234.

Käufer trage das **periculum**, weil ihm auch das **commodum** zufalle, kann man den Anspruch auf das **commodum** aus dem Tragen der Gefahr herleiten; Beides ist aber unrichtig, da der Anspruch auf das **commodum** und das Tragen der Gefahr auf einem und demselben gemeinschaftlichen Grunde beruht. Die auf die unterlassene Oblation des Kaufpreises gegründete Motivirung ferner würde nur dann richtig sein, wenn eine vorzugsweise Verpflichtung für den Käufer bestände, den Kaufpreis sogleich nach Abschluß des Vertrages zu leisten; der Käufer und der Verkäufer stehen aber in dieser Beziehung sich völlig gleich; keiner ist verpflichtet, früher, als der andere, zu leisten.

In der neuesten Zeit ist die Ansicht, daß der für den Kauf geltende Grundsatz die Regel, der für die Sachenmiethe geltende die Ausnahme enthalte, allgemeiner geworden. Einige erklären den ersteren daraus, daß nur die Leistung, nicht aber die Gegenleistung unmöglich sei, letztere daher auch nicht wegfallen könne. [13]) Andere basiren die Entscheidung des römischen Rechts über den Kauf auf eine Fiction der Erfüllung. [14])

Die erste Ansicht faßt die gegenseitigen Obligationen so auf, als ob dieselben aus zwei völlig von einander unabhängigen Obligationen beständen, von welchen die eine auf die Leistung, die andere auf die Gegenleistung gerichtet ist; und auf diese Weise ist es allerdings möglich, die für den Kaufcontract geltende Regel aus dem allgemeinen Grundsatz: **casus a nullo praestantur,** herzuleiten. [15]) Die gedachte

---

13) Wächter im Archiv f. civ. Pr. XV. S. 189 ff. und ihm folgend Molitor, les Obligations I. §. 282. Vergl. auch Pothier, Traité de la vente §. 307. — Die Ansicht, welche v. Madai, Mora §. 45 aufstellt, kommt, obgleich er Wächter bekämpft, im Wesentlichen auf dasselbe hinaus. Gegen ihn gilt außer dem, was der Wächterschen Ansicht entgegensteht, noch, daß der von ihm zu Grunde gelegte Begriff der perpetuatio obligationis in der Weise, wie derselbe von ihm gefaßt wird, aus den Entscheidungen der Quellen sich nicht herleiten läßt.

14) Koch, Recht der Forderungen I. S. 192. Fuchs im Archiv f. civ. Pr. XXXIV. S. 112 ff.

15) Dies thut auch Wächter a. a. O. — Wenn er sich nicht nur auf den Grundsatz: casus a nullo praestantur, sondern zugleich auch auf die für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit geltende Regel: impossibilium nulla obligatio beruft, so geschieht das nur, um dasjenige daraus herzuleiten, was bei dem ersten Satze zu supponiren ist, daß nämlich zugleich eine Unmöglichkeit vorliegen müsse, damit eine Befreiung des Schuldners erfolge. — Die Ansicht von Wächter trifft daher, was speciell die Begründung der für den Kauf

Auffassung steht aber mit dem Wesen der gegenseitigen Obligationen in entschiedenem Widerspruch. Die gegenseitige Obligation ist in der That nur Eine Obligation; die Leistungen der beiden Contrahenten stehen in der genauesten Wechselbeziehung zu einander, indem jede derselben als Aequivalent für die andere und nur in dieser Weise zum Gegenstand der Obligation gemacht ist, und daher, insofern die Natur der Leistungen nicht eine successive Erfüllung mit sich bringt, von keinem der Contrahenten die Erfüllung des Contracts verlangt werden kann, ehe er selbst erfüllt hat. Ist aber die obige Auffassung der gegenseitigen Obligationen unrichtig — und dies ist nach römischem Recht, namentlich auch in Ansehung des Kaufcontracts, nicht zu bezweifeln,[16]) —

---

geltenden Regel betrifft, im Wesentlichen mit der oben angeführten, in sonstiger Beziehung sehr abweichenden Ansicht zusammen, welche diese Regel aus dem Satze: debitor speciei liberatur interitu rei, ableitet, indem dieser, richtig verstanden, nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes: casus a nullo praestantur, enthält. — So erklärt es sich, daß Unterholzner, der in der oben (Note 12) angeführten Stelle seines Werkes die für den Kaufcontract geltende Regel auf die zuletzt erwähnte Weise begründet, sie an einer anderen Stelle (I. §. 241 Nr. V) im Wesentlichen eben so, wie Wächter, motivirt.

16) Im Text ist bereits auf die, namentlich beim Kaufcontract anerkannte exceptio non adimpleti contractus hingewiesen. — Stellen, aus welchen sonst noch klar hervorgeht, daß die römischen Juristen in der von uns angegebenen Weise das Wesen der gegenseitigen Obligationen aufgefaßt haben, sind: L. 16 §. 1. D. de pactis (2. 14). L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18. 5). L. 50. D. de act. empti (19. 1). L. ult. D. de acceptil. (46. 4). Diesen Stellen zufolge kann nämlich beim Kaufcontract, wenn dem Einen Contrahenten seine Leistung erlassen ist, im Zweifel auch die Gegenleistung nicht gefordert werden. Wegen der Beziehung, in welcher Leistung und Gegenleistung zu einander stehen, wird es, auch wenn in dem remissorischen Vertrage nur der Einen Leistung gedacht ist, so angesehen, als ob der Wille der Paciscenten darauf gerichtet gewesen sei, daß das ganze Geschäft (die Verpflichtung zur Gegenleistung mit der Verpflichtung zur Leistung) aufgehoben werde. — Die bisherigen Bemerkungen gelten im Wesentlichen auch gegen die Ansicht von Pothier, Traité de la vente §. 307, dem Molitor a. a. O. §. 279 beistimmt. Nach dieser Ansicht verpflichtet sich der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises, nicht unter der Bedingung, daß der Verkäufer ihm die Sache leiste, sondern nur unter der Bedingung, daß der Verkäufer sich zur Leistung der Sache verpflichte; eben daher soll es, um der Verpflichtung des Käufers ihre causa zu erhalten, genügen, wenn der Verkäufer wirklich verpflichtet gewesen ist, und seinerseits es an nichts hat ermangeln lassen. Auch diese Argumentation läßt sich mit dem Wesen der gegenseitigen Obligationen nicht in Einklang bringen. Die gegenseitigen Verpflichtungen stehen allerdings, wie aus den vor-

so muß auch die zur Frage stehende Begründung der für die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit beim Kaufcontract geltenden Regel aufgegeben werden.

Es bleibt in der That nichts Anderes übrig, als die gedachte Regel aus einer Fiction der Erfüllung herzuleiten, und damit stimmen auch, wie wir im vorigen §. gesehen haben, wenigstens einige Aussprüche der römischen Juristen überein. Daraus aber, daß wir zu einer Fiction unsere Zuflucht nehmen, ergiebt es sich, daß wir es als das Natürliche und dem Wesen der gegenseitigen Obligation Entsprechende ansehen, daß das Wegfallen der Leistung, sofern es nicht durch die Erfüllung erfolgt, auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge habe.

Dies gilt an sich nicht bloß für die Miethe, sondern auch für den Kauf, indem der Kaufpreis vollkommen eben so sehr den Charakter der Gegenleistung an sich trägt, als das Miethgeld.[17] Die Fiction, welche bei dem letzteren angenommen wird, stützt sich aber auf Gründe, welche nicht allein für den Kauf zutreffen. Ueberdies bieten die Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit bei dem Kaufcontract beziehen, durchaus keine Veranlassung, das hier angenommene Recht, als ein ausschließlich für den Kauf geltendes anzusehen; zumal da wir annehmen müssen, daß die für den Kaufcontract anerkannte Regel nicht durch eine besondere gesetzliche Vorschrift speciell für diesen Contract eingeführt ist, sondern auf der Praxis beruht.

Der Grund nun, weshalb die Fiction der Erfüllung bei dem

---

her citirten Stellen hervorgeht, in einem gleichen Verhältniß zu einander, wie die gegenseitig übernommenen Leistungen. In der obigen Argumentation wird aber völlig willkührlich auf Seiten des Käufers der Verpflichtung zur Leistung die Leistung selbst substituirt. Das Aequivalent für die Leistung des Käufers ist aber in der That nicht die Verpflichtung des Verkäufers, sondern die Leistung desselben.

17) Wächter a. a. O. S. 203 ff. und ihm folgend Fuchs a. a. O. S. 400 ff. nehmen an, daß der Vermiether den Gebrauch in besonderer Weise garantire. Einen Beweis, daß der Vermiether eine größere Garantie für die Leistung übernehme, als der Verkäufer, finde ich aber in den Quellen nicht, namentlich auch nicht in denjenigen Stellen, in welchen es heißt, der Vermiether habe dem Miether zu präſtiren, ut ei frui liceat (L. 15 §§. 1. 2. L. 9 pr. D. locati). Der Verkäufer hat ebensowohl das habere licere zu präſtiren, wie der Vermiether das frui licere.

perfecten Kaufcontract angenommen, bei dem imperfecten Kauf und der Sachenmiethe nicht angenommen wird, dürfte folgender sein. Bei dem perfecten Kauf liegt weder in der Natur der Leistung, zu welcher der Verkäufer verpflichtet ist, noch in der Natur des Geschäfts ein Grund, weshalb die Obligation nicht sogleich erfüllt werden kann; vielmehr wird Beidem durch eine sofortige Erfüllung entsprochen. Indem man nun hiervon ausging, gelangte man dahin, falls die Erfüllung nicht sogleich erfolgte, dies als etwas Zufälliges zu betrachten, was auf die rechtliche Beurtheilung keinen Einfluß haben solle, und in Ansehung des **periculum** und **commodum** dieselben rechtlichen Folgen eintreten zu lassen, wie wenn die Obligation sogleich erfüllt wäre; vorausgesetzt, daß die Verzögerung nicht etwa in einem Verschulden des Verkäufers ihren Grund hatte.

Diese Umstände treffen aber bei dem imperfecten Kauf und der Sachenmiethe nicht zu. Bei dem ersteren steht die Natur des Geschäfts einer sofortigen Erfüllung entgegen. Von der Erfüllung einer Obligation kann nicht die Rede sein, solange die Obligation, welche erfüllt werden soll, noch nicht definitiv begründet ist, es vielmehr von einem in der Zukunft liegenden Ereigniß abhängt, ob die Obligation zu Stande kommt oder nicht.[18]) Bei der Sachenmiethe steht die Natur der Leistung der für den perfecten Kauf angenommenen Behandlung der casuellen Unmöglichkeit entgegen. Die Sachenmiethe ist ein durch einen gewissen Zeitraum sich fortsetzendes Verhältniß; die Verpflichtung des

18) Darauf, ob die Leistung nach den besonderen Bestimmungen des Vertrages auch sofort erwartet werden konnte, kann man kein entscheidendes Gewicht legen; es kommt nur darauf an, daß die Natur der Leistung und die Natur des Geschäfts einer sofortigen Erfüllung nicht entgegenstehen. Demgemäß wird, wie wir nach den Quellen annehmen müssen, der unter einer Zeitbestimmung abgeschlossene Kaufcontract nach der für den perfecten Kauf geltenden Regel beurtheilt, obgleich in diesem Fall eine sofortige Erfüllung nicht erwartet, ja nicht einmal verlangt werden kann. — Stellen, in welchen die gedachte Regel ausdrücklich auf den unter einer Zeitbestimmung abgeschlossenen Kaufcontract angewendet wird, finden sich freilich meines Wissens in den Quellen nicht; die Anwendung selbst dürfte aber um so weniger zu bezweifeln sein, als auch das commodum rei der Regel nach schon von der Zeit der Abschließung des Contracts an dem Käufer zufällt, L. 13 §. 18. D. de act. empti (19. 1). Zudem wird überall nur darauf Gewicht gelegt, ob der Kaufcontract bereits perfect sei oder nicht; der hier zur Frage stehende Contract wird aber als perfect betrachtet, indem der hinzugefügte dies, sofern er nichts, als eine wahre Zeitbestimmung enthält, die Obligation in keiner Weise suspendirt.

Vermiethers geht gewissermaßen auf eine Reihe von Leistungen, von welchen die eine sich an die andere anschließt, sowie die letztere erfüllt ist. Eine sofortige momentane Erfüllung ist durch die Natur der dem Vermiether obliegenden Leistung ausgeschlossen; es fehlt daher bei der Sachenmiethe an der factischen Grundlage, auf welche bei dem perfecten Kaufcontract die Fiction der Erfüllung sich stützt. [19])

---

19) In ähnlicher Weise wird die für die Sachenmiethe geltende Regel von Göschen, Vorlesungen II. 2. S. 255 und von Koch, Recht der Forderungen I. S. 198 ff. begründet; doch wird, namentlich von dem Letzteren, zu viel Gewicht auf die Theilbarkeit der Leistung gelegt. Das, worauf es ankommt, ist, daß die Leistung des Vermiethers nicht momentan erfüllt werden kann; die Theilbarkeit der Leistung ist nur für die Frage von Bedeutung, ob für die theilweise beschaffte Leistung ein entsprechender Theil der Gegenleistung verlangt werden kann. — Molitor a. a. O. §. 283, der in Ansehung des Kaufcontracts Wächter und Pothier folgt, beruft sich bei der Sachenmiethe gleichfalls auf die Natur der Leistung, jedoch nicht so sehr, um daraus direct die Regel für die Sachenmiethe abzuleiten, als vielmehr um zu beweisen, daß bei dieser Obligation nicht die Analogie des Kaufs einer bereits existirenden Sache, sondern die Analogie des Kaufcontracts über eine res futura zutreffe. Die letztere Analogie kann allerdings nicht ohne Weiteres als unzutreffend zurückgewiesen werden; denn wenn auch die Leistung desjenigen, welcher eine res futura verkauft, sich in den meisten Beziehungen von der Leistung des Vermiethers unterscheidet, so haben doch beide Leistungen das mit einander gemein, daß sie eine sofortige Erfüllung nicht zulassen. Während aber bei der Sachenmiethe die Natur der Leistung unmittelbar die Fiction der Erfüllung in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit ausschließt, bewirkt sie dies bei dem Kaufcontract über eine res futura nur mittelbar; der unmittelbare Grund liegt in der mangelnden Perfection des Contracts, welche freilich eine Folge der Natur der Leistung ist. Der Ansicht Molitor's liegt das Bestreben zu Grunde, eine völlige Einheit in die Bestimmungen des römischen Rechts über das Tragen der Gefahr bei gegenseitigen Obligationen zu bringen, und zu diesem Behuf führt er Alles auf die für den Kaufcontract geltenden Grundsätze zurück. Jeder innere Widerspruch in den Bestimmungen des römischen Rechts wird aber auch durch die von uns angenommene Ansicht beseitigt. — Andere endlich, wie v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 324 ff. und Sintenis, Civilrecht II. §. 106 legen das entscheidende Gewicht darauf, daß die Zeit für die Leistung des Miethers erst dann eintritt, wenn die Leistung des Vermiethers völlig oder doch für einen gewissen Zeitabschnitt erfüllt ist. Die im Text angegebene Natur der dem Vermiether obliegenden Leistung ist allerdings der Grund, daß hier Bestimmungen über das Aufeinanderfolgen von Leistung und Gegenleistung getroffen werden mußten. Der Umstand aber, daß diese Bestimmungen in der Weise getroffen sind, daß zuerst der Vermiether und dann erst der Miether zu leisten hat, wird nicht als entscheidend be-

Aus dem Angeführten geht hervor, daß der für den perfecten Kaufcontract geltenden Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung gleich steht, nicht die allgemeine Bedeutung beigelegt werden kann, welche von Manchen ihr zugeschrieben wird. Sie ist zwar nicht auf den Kaufcontract beschränkt; sie setzt aber zu ihrer Anwendung voraus, erstens, daß die Natur des Geschäfts (die mangelnde Perfection der Obligation), und zweitens, daß auch die Natur der Leistung, deren Beschaffung durch die casuelle Unmöglichkeit gehindert ist, einer sofortigen Erfüllung nicht entgegenstand. Für die sehr ausgebreiteten Fälle, in welchen es an dem Einen oder dem Anderen fehlt, ist die Fiction der Erfüllung ausgeschlossen; es fällt daher hier mit der Verpflichtung zur casuell unmöglichen Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung hinweg.

Wir haben somit zwei verschiedene Grundsätze für die Bestimmung des Einflusses, welchen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung auf die Verpflichtung zur Gegenleistung äußert. Diese treten aber nicht in Collision mit einander, vielmehr haben sie wesentlich verschiedene Voraussetzungen für ihre Anwendung; und daß in dem einen Fall dieser, in dem anderen Fall jener Grundsatz zur Anwendung kommt, beruht nicht auf bloßer Willkühr, sondern auf inneren Gründen. Wie wir Letzteres in Beziehung auf den Kaufcontract und die Sachenmiethe bestätigt gefunden haben, so dürfen wir ein Gleiches auch in Betreff der übrigen gegenseitigen Obligationen im Zweifel annehmen. Diese, durch die bisherigen Ausführungen gerechtfertigte Annahme ist, wie wir in den folgenden §§. sehen werden, von nicht geringer Bedeutung, da es in Betreff der meisten gegenseitigen Obligationen an völlig genügenden Entscheidungen in den Quellen fehlt.

---

§. 30.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Locatio operarum.

Nachdem die Grundsätze, welche für die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit bei den gegenseitigen Obligationen gelten, im All-

---

trachtet werden können. Die oben erörterten Grundsätze über das Tragen der Gefahr bei der Sachenmiethe kommen ohne Zweifel auch dann zur Anwen-

gemeinen festgestellt sind, gehen wir jetzt zu den einzelnen Obligationen über, welche in den beiden vorhergehenden §§. noch nicht abgehandelt sind. Wir werden hier folgende Obligationen betrachten:

Locatio operarum.
Locatio operis.
Innominatcontracte. 1)
Societät.

Die **locatio operarum** hat die nächste Verwandtschaft mit der Sachenmiethe. Dies zeigt sich zunächst darin, daß auch die Verpflichtung des Vermiethers von Diensten auf eine durch einen gewissen Zeitraum sich fortsetzende Leistung gerichtet ist. Wie bei der Sachenmiethe, liegt es bei der **locatio operarum** in der Natur der Leistung des Vermiethers, daß die Obligation nicht sogleich mit dem Abschluß des Vertrages erfüllt werden kann. 2) Dieses Letztere wird namentlich in Einer Stelle sehr bestimmt ausgesprochen, in welcher das Versprechen von **operae** dem Versprechen künftig erst entstehender Gegenstände gleich gestellt wird. 3) Die Gründe, welche bei dem perfecten Kaufcontract eine Fiction der Erfüllung motiviren, treffen also bei der **locatio operarum** eben so wenig, wie bei der Sachenmiethe zu.

Die Verwandtschaft der erwähnten Contracte beschränkt sich aber nicht darauf, daß dieselben nicht sogleich erfüllt werden können; sie besteht auch insofern, als die einzelnen Theile der Leistung bei der **locatio operarum** den einzelnen Theilen der Gegenleistung in gleicher Weise entsprechen, wie bei der Sachenmiethe die einzelnen Zeitabschnitte der Benutzung den einzelnen Theilen des Miethgeldes; der Zusammenhang zwischen den einzelnen Theilen der Leistung (den **operae** der ver-

---

bung, wenn eine Pränumeration des Miethgeldes ausbedungen ist, obgleich hier doch die Zahlung des Miethgeldes durch die Vereinbarung der Contrahenten zur Vorleistung gemacht ist. Vergl. auch L. 19 §. 6. D. locati (19. 2).

1) Nach römischem Recht lassen sich die s. g. Innominatcontracte allerdings den gegenseitigen Contracten nicht zuzählen. Soll jedoch auf das heutige Recht Rücksicht genommen werden, so müssen sie an diesem Orte abgehandelt werden.

2) Vergl. L. 20 §. 5. D. de statuliberis (40. 7).

3) L. 1. D. de operis serv. (7. 7) Paulus: „Opera in actu consistit: nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est: quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arethusa natum erit.“

schiedenen Tage) ist sogar bei der **locatio operarum** in der Regel noch loser, die Aneinanderreihung nicht so unmittelbar. Die Leistung des Vermiethers von Diensten ist also eben so, wie die des Sachenvermiethers, eine theilbare; und deshalb steht hier nichts entgegen, daß nicht für den Fall, wenn die casuelle Unmöglichkeit sich nicht auf die Leistung sämmtlicher Dienste bezieht, wenn dieselbe z. B. eintritt, nachdem einige Dienste bereits geleistet worden sind, nach Analogie der für die Sachenmiethe geltenden Regeln für die geleisteten Dienste immer die entsprechenden Theile der Gegenleistung verlangt werden können.

Die Analogie der Sachenmiethe liegt so überaus nahe, sie ist im römischen Recht auch dadurch, daß die **locatio operarum** und die Sachenmiethe als Unterarten eines und desselben Contracts betrachtet werden, in so unverkennbarer Weise anerkannt, daß wir nicht wohl ein Anderes annehmen können, als daß für die **locatio operarum** ganz dieselben Grundsätze, wie für die Sachenmiethe zur Anwendung kommen. Dessenungeachtet wird von einigen Schriftstellern das Entgegengesetzte behauptet;[4]) und in der That müssen wir zugeben, daß es an Entscheidungen, welche die obige Ansicht ausdrücklich bestätigen, in den Quellen fehlt,[5]) ja daß mehrere Entscheidungen in denselben sich finden, welche auf den ersten Anblick Bedenken gegen diese Ansicht erregen können.

Das Erstere ist nun freilich von geringerer Bedeutung; die **locatio operarum** ist, wie oben (S. 79) bereits bemerkt, in den Quellen überhaupt sehr dürftig behandelt, so daß es uns nicht eben Wunder nehmen kann, wenn wir eine ausdrückliche Bestätigung der von uns aufgestellten Ansicht in denselben vermissen. Dagegen ist es nöthig, zu prüfen, ob diejenigen Stellen, auf welche man sich beruft, um zu beweisen, daß für die **locatio operarum** dasselbe, wie für den perfecten Kauf gelte, wirklich eine solche Annahme zu rechtfertigen im Stande sind. Wie ich glaube, ist dies keineswegs der Fall; um dies aber darzuthun, bedarf es eines näheren Eingehens auf die einzelnen Stellen.

1) L. 19. §. 9. D. *locati* (19. 2.) *Ulp.* l. 32. ad Edict.

---

4) Vergl. Mühlenbruch, Pandekten §. 365; Fuchs im Archiv f. civ. Pr. XXXIV. S. 404 ff.

5) Auf die L. 9 §. 1. D. locati (19. 2), welche von der Vermiethung von Sclavendiensten handelt, kann man sich nämlich nicht berufen, da die Miethe von Sclavendiensten als eine Miethe des Sclaven selbst, und somit nach der Anschauung der römischen Juristen als Sachenmiethe betrachtet wird.

„Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris, in haec verba: cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.“

Auf Grund namentlich dieser Stelle wird von den meisten Schriftstellern für die locatio operarum die Regel aufgestellt, daß zu unterscheiden sei zwischen einem Casus, der sich in der Person des Miethers, und einem Casus, welcher sich in der Person des Vermiethers ereigne. In dem ersten Fall soll nach L. 19 §. 9 cit. immer die Gegenleistung gezahlt werden, im zweiten Fall soll ein Anspruch auf die Gegenleistung nur insoweit bestehen, als die Dienste wirklich geleistet sind. Wie es zu verhalten ist, wenn der Casus weder auf die Person des Vermiethers, noch auf die des Miethers sich bezieht, wird in verschiedener Weise beantwortet; einige halten in diesem Fall den Miether zur Zahlung des Miethgeldes verpflichtet, während andere ihn davon freisprechen.[6])

Um die Beschränkung der L. 19 §. 9. D. cit. auf den Fall, wenn die Annahme der Leistung und somit auch die Leistung selbst wegen eines die Person des Miethers betreffenden Hindernisses nicht erfolgen kann, zu rechtfertigen, beruft man sich regelmäßig auf die L. 15 §. 6. D. locati. Diese Stelle kann nun freilich, wie wir im nächsten §. sehen werden, nicht als Beweisstelle benutzt werden, da sie nicht von einer locatio operarum, sondern von einer locatio operis handelt. Dessenungeachtet wird man, wie ich glaube, der gewöhnlichen Ansicht darin beistimmen müssen, daß die Entscheidung der L. 19 §. 9 nicht auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit bezogen werden darf; im Uebrigen möchte aber diese Ansicht mancher Modificationen bedürfen.

Wenn wir die Entscheidung der oben abgedruckten Stelle näher ins Auge fassen, so dürfte uns zunächst so viel klar sein, daß sie mit der Ansicht derjenigen, welche die casuelle Unmöglichkeit auch bei der

---

6) Vergl. z. B. Glück, Pandekten IV. S. 369 ff. XVII. S. 415 ff., Thibaut, Pandekten I. §. 175, v. Wenig-Ingenheim, Civilrecht §. 264, Göschen, Vorlesungen II. 2. §. 515, v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 325, Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 47 ff., Puchta, Pandekten §. 302, Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 506, v. Vangerow, Pandekten III. S. 224 ff., Sintenis, Civilrecht II. §. 106.

locatio operarum der Erfüllung gleichstellen, nicht übereinstimmt. Zu dieser Ansicht paßt es durchaus nicht, daß der Vermiether die Gegenleistung nur insoweit verlangen kann, als er nicht durch eine anderweitige Verwendung der vermietheten Dienste einen Erwerb gemacht hat oder, wie ergänzt werden muß, ohne seinen **dolus** oder eine ihm zuzurechnende Nachlässigkeit hätte machen können. Wir können das Letztere nur dann in völlig genügender Weise erklären, wenn wir annehmen, daß die Gegenleistung in dem Fall der **L. 19. §. 9. cit.** nicht als Gegenleistung, sondern als das Interesse, welches der Vermiether daran hatte, nicht an der Leistung der Dienste gehindert zu sein, verlangt werden kann; — eben so, wie in der **L. 55. §. 2. D. locati** die Gegenleistung als das Interesse für die durch den Miether einer Sache gehinderte Präſtation der Benutzung bezeichnet wird. (S. auch oben §. 7 Note 12. und §. 10 Note 12.) Dieser Auffassung dürften auch die Worte: „**fidem contractus impleri,**" nicht widersprechen, indem sie ohne Zweifel nichts Anderes ausdrücken sollen, als daß der bedungene Lohn zu zahlen sei, wie denn auch in dem §. 10 unserer Stelle, welcher sich auch seinem Inhalte nach an die hier zur Frage stehende Entscheidung völlig anschließt, die letztere Ausdrucksweise gewählt ist.

Ist aber das Interesse der Gegenstand der Klage, so ist damit eben entschieden, daß die Gegenleistung als solche für die durch den Casus gehinderte Dienstleistung nicht in Anspruch genommen werden kann, — also dasjenige, was wir oben als Regel für die **locatio operarum** aufgestellt haben. Es ergiebt sich dann zugleich von selbst, daß wir die Entscheidung der **L. 19 §. 9** nicht auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit ausdehnen können. Eine solche Ausdehnung würde den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts auf das Entschiedenste widersprechen. Auch kann man sich dafür auf den in unserer Stelle angeführten Entscheidungsgrund: „**cum per te non stetisse proponas,**" nicht berufen. Die angeführten Worte lauten freilich so allgemein und unbestimmt, daß sie auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit bezogen werden können; es kann aber eben sowohl die Absicht gewesen sein, durch diese Worte nur darauf hinzuweisen, daß das Hinderniß nicht in den Verhältnissen des Schuldners begründet gewesen sei, und daß es namentlich nicht in einer mangelnden Bereitschaft des Schuldners zur Leistung gelegen habe, indem, besonders in dem letzteren Falle, eine Klage auf Entschädigung gegen den Miether nothwendig ausgeschlossen werden mußte. Daß die letztere Interpretation

den Vorzug verdient, kann uns aus inneren Gründen nicht zweifelhaft sein. Es fragt sich aber nun: in welchen Fällen haben wir in Gemäßheit der L. 19 §. 9 cit. einen Anspruch des Vermiethers auf das Interesse anzuerkennen?

Nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts würden wir einen solchen Anspruch nur dann für begründet halten, wenn der Miether durch ein ihm zuzurechnendes Verschulden die Leistung verhindert hat, oder wenn die Nichtannahme der Leistung auf seinen Willen, als Grund zurückgeführt werden kann (§. 10 Note 13). Wir könnten nun in der L. 19 §. 9 cit. einen Fall supponiren, in welchem der Erbe, auf den das obligatorische Verhältniß mit dem Tode des Miethers übergegangen war, die Leistung hätte annehmen können, dessenungeachtet aber die in dieser Beziehung vorzunehmenden Schritte versäumt hat. Alsdann würde die Entscheidung mit den angeführten allgemeinen Grundsätzen in völligem Einklang stehen. In unserer Stelle wird jedoch nicht im Entferntesten angedeutet, daß hierin das Entscheidende gelegen habe; auch sind wir nach der ganzen Fassung der Stelle nicht berechtigt, außer denjenigen Voraussetzungen der Entschädigungsklage, welche aus der Natur des entschiedenen Falls, sowie er mitgetheilt ist, sich herleiten lassen, noch andere hinzuzufügen. Hiernach aber werden wir die Entscheidung der L. 19 §. 9 cit. auf alle diejenigen Fälle beziehen müssen, in welchen der Miether, sei es auch ohne sein Verschulden, wegen factischer auf seine Person sich beziehender Hindernisse außer Stande ist, die Leistung anzunehmen, und auf diese Weise eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung für den Vermiether herbeigeführt ist.

Dagegen werden wir dasjenige, was für den Todesfall des Miethers gilt, nicht auch auf diejenigen Fälle anwenden dürfen, in welchen eine juristische Unmöglichkeit der Annahme von Seiten des Gläubigers vorliegt, indem diese letztere, welche immer in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Leistung steht, eine wesentlich andere Natur hat, als die auf factische Hindernisse sich gründende Unmöglichkeit der Annahme (§. 10).

Die L. 19 §. 9. D. locati widerspricht also keineswegs der von uns aufgestellten Ansicht; nur insofern enthält sie eine Abweichung von den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts, als sie eine Entschädigungsklage des Vermiethers wegen der gehinderten Dienst-

leistung in einem weiteren Umfange zuläßt, als dies sonst die Regel ist.

2. L. 4. D. *de off. adsessor.* (1. 22). *Papin.* l. 4 Respons.

Diem functo Legato Caesaris, salarium Comitibus residui temporis, quod a Legatis praestitutum est, debetur: modo si non postea Comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.

L. 19. §. 10. D. *locati* (19. 2). *Ulp.* l. 32 ad Edict.

Papinianus quoque libro quarto Responsorum scripsit, diem functo Legato Caesaris, salarium Comitibus residui temporis praestandum: modo si non postea Comites cum aliis eodem tempore fuerunt.

Der Dienstvertrag zwischen den Comites und dem Legatus ist, wie auch aus der Bezeichnung der Gegenleistung (salarium) hervorgeht, keine locatio operarum; er hat aber allerdings eine gewisse Aehnlichkeit mit derselben, und eben daher benutzt Ulpian in der L. 19 §. 10 cit. einen auf diesen Vertrag sich beziehenden Ausspruch Papinian's, welcher uns ausführlicher in der zuerst abgedruckten L. 4. D. de off. adsess. mitgetheilt ist, um die in dem §. 9 der L. 19 cit. angeführte Entscheidung zu rechtfertigen.

Aus der L. 19 §. 10. D. locati läßt sich nun für die locatio operarum unmittelbar nichts weiter beweisen, als was Ulpian damit hat beweisen wollen, nämlich dasjenige, was wir so eben als den Inhalt des §. 9 der L. 19 kennen gelernt haben. Die uns hier vorliegende Entscheidung geht aber allerdings in etwas über die Entscheidung des §. 9 hinaus. Der Grund der Verhinderung der Leistung liegt nämlich nicht ausschließlich in den Verhältnissen des Gläubigers, sondern zugleich in der Beschaffenheit der Leistung, indem diese eine solche ist, daß sie zur Annahme eine bestimmte rechtliche Stellung voraussetzt (nämlich die Stellung eines höheren Beamten), welche auf die Erben als solche nicht übergeht (S. 96). Es fragt sich, ob wir aus der L. 19 §. 10 cit. den Schluß ziehen können, daß der Miether auch dann zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn die Nichtannahme der Leistung in einem der Annahme entgegenstehenden rechtlichen Hinderniß ihren Grund gehabt hat.

Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. — Das Verhältniß, auf welches die gedachte Stelle sich bezieht, gehört zugleich dem öffentlichen Recht an, indem die Stellung der Adsessores und

Comites, wenn sie gleich von dem Legaten angenommen wurden, doch keineswegs bloß die von Privatgehülfen war. In den öffentlichen Verhältnissen treten aber mancherlei Rücksichten ein, welche in rein privatrechtlichen Verhältnissen völlig ausgeschlossen sind; so daß es immer sehr bedenklich ist, von einem Verhältniß der ersteren Art Schlüsse auf ein rein privatrechtliches Verhältniß zu ziehen, insofern diese Schlüsse nicht durch ausdrückliche Aussprüche der römischen Juristen selbst unterstützt werden. — Die **L. 19 §. 10. D. locati** erscheint jedoch, selbst wenn wir hiervon absehen, als völlig unbrauchbar, um daraus eine über den Inhalt der **L. 19 §. 9. D. eodem** hinausgehende Regel für die **locatio operarum** herzuleiten; dies geht namentlich daraus hervor, daß eine solche Regel nicht einmal für das in der **L. 19. §. 10** behandelte Verhältniß selbst angenommen wurde, indem die fragliche Entscheidung nach **L. 4. D. de off. adsess.** nur für den Fall des Todes des **Legatus**, nicht aber für den Fall der Abberufung desselben galt. 7)

Außer den eben angeführten Bestimmungen finden sich in den Quellen noch einige andere, welche sich auf die den Beamten und Officialen zukommenden Vergütungen und Gehalte beziehen. So ist namentlich festgesetzt, daß die Erben des **patronus fisci** sein Salair nicht bloß für die Zeit seines Dienstes, sondern für das ganze laufende Jahr, innerhalb dessen er gestorben ist, ausgezahlt erhalten sollen. 8) In dieser Bestimmung können wir jedoch nur eine singuläre Begünstigung der **patroni fisci** erblicken, indem der Regel nach die Vergütung für die dem Oeffentlichen geleisteten Dienste (die **annona**) nur für die Zeit bis zum Tode des Dienstleistenden den Erben ausgezahlt wurde. 9) Auch abgesehn von den oben gegen die analoge Benutzung solcher Bestimmungen geltend gemachten Bedenken, ist es demnach klar, daß aus der zur Frage stehenden Bestimmung durchaus keine Folge-

---

7) Weshalb in dem einen Fall anders, als in dem andern entschieden ist, hat für uns kein besonderes Interesse. Uebrigens dürfte es auch sehr zweifelhaft sein, ob es bisher gelungen ist, den wahren Grund dieser Unterscheidung zu entdecken.

8) L. 15 §. 1. C. de advocatis 1 (2. 7). L. 3 §. 6. L. 5 §. 6. C. de advocatis 2 (2. 8).

9) L. 14. L. 16 i. f. C. de erogat. milit. annonae (12. 38); vergl. auch L. 1. C. de primipilo (12. 63). — Daß die in der vorigen Note angeführten Stellen ein singuläres Recht für die patroni fisci enthalten, ergiebt sich auch aus der in denselben gewählten Ausdrucksweise.

rung für das Recht der locatio operarum gezogen werden kann. [10])

3. L. 11. C. *de cond. ob. caus. dat.* (4. 6) *Diocl.* et *Max.*
„Advocationis causa datam pecuniam, si per eos, qui acceperant, quo minus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse, convenit.“
L. 1. §. 13. D. *de extr. cogn.* (50. 13). *Ulp.* l. 8 de omnib. Tribunalibus.
„Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti: quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.“
L. 38. D. *locati* (19. 2). *Paul.* l. singulari regular.
„Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. — §. 1. — Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.“

Die Entscheidung, welche in den abgedruckten Stellen mitgetheilt ist, bezieht sich nicht bloß auf die Fälle einer in den Verhältnissen des Gläubigers begründeten Unmöglichkeit; vielmehr geht aus der L. 1. §. 13. D. cit. hervor, daß sie auch für den Fall einer solchen Unmöglichkeit gilt, welche in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners (des Advocaten) ihren Grund hat. Die angeführten Stellen haben aber, wenn wir von dem allgemeinen Satz in der L. 38 pr. D. locati absehen, für die locatio operarum keine Bedeutung.

Das Verhältniß, auf welches die Entscheidung sich bezieht, ist

---

10) A. M. ist Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 522, welcher die Bestimmung der in der Note 8 citirten Stellen für alle diejenigen Fälle gelten lassen will, in welchen dem Dienstleistenden ein Jahrgehalt ausgesetzt ist. Daß die gedachten Stellen nicht geeignet sind, eine derartige Folgerung zu begründen, folgt aus dem oben im Text Bemerkten. — Ueber eine andere Folgerung, welche aus den Stellen der Note 8 hergeleitet wird, s. die folgende Note. — Daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Besoldung der Beamten keine unmittelbare Bedeutung für das heutige Recht haben, bedarf keiner Ausführung. Die Grundsätze, welche heutzutage in Ansehung der den Beamten zukommenden Gehalte gelten, haben sich unter der Einwirkung öffentlicher Verhältnisse gebildet, welche sich von denjenigen, die im römischen Staat bestanden, in wesentlichen Beziehungen unterscheiden.

keine **locatio operarum**. Zudem handelt es sich in allen Stellen nur um die Zurückforderung von Summen, welche dem Advocaten mit Beziehung auf die von ihm übernommene oder zu übernehmende Sachführung bereits gezahlt sind, und zwar wird, namentlich in der **L. 11. C. cit.**, die Zahlung ganz aus dem Gesichtspunkte einer **ob rem datio** betrachtet.

Von einer unmittelbaren Anwendung der zur Frage stehenden Entscheidung auf die **locatio operarum** kann demnach nicht die Rede sein. Ebensowenig wird man dieselbe aber zur Begründung einer Analogie benutzen dürfen; aus den gedachten Stellen läßt sich nicht einmal die Folgerung herleiten, daß im Fall einer erfolgten oder bedungenen Vorausbezahlung des Lohnes die Zurückforderung immer ausgeschlossen sein solle, wenn die Dienstleistung ohne ein Verschulden des dazu Verpflichteten unterblieben sei. Aus einer Entscheidung, welche auf die Advocaten sich bezieht, allgemeine Sätze herzuleiten, ist an sich schon bedenklich, da die Advocaten unter den römischen Kaisern eine in mannigfacher Beziehung bevorzugte Classe von Personen bildeten; die hier zur Frage stehende Schlußfolgerung erscheint aber namentlich deshalb als unzulässig, weil bei den übrigen Consensualcontracten, der Sachenmiethe und selbst dem Kaufcontract (in den Fällen, in welchen die Gegenleistung nicht gezahlt zu werden braucht) für die Beurtheilung der Folgen der casuellen Unmöglichkeit durchaus nichts darauf ankommt, ob zur Zeit des Eintretens derselben die Gegenleistung bereits beschafft war oder nicht. [11])

Schwierigkeit macht nur die **L. 38 pr. D. locati (19. 2)**, welche den allgemeinen Ausspruch zu enthalten scheint, daß der

---

11) A. M. ist Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 506 Note d, welcher unter Berufung auf diese, sowie auf die in der Note 8 citirten Stellen annimmt, daß der Vermiether der Dienste, dem ohne sein Verschulden die Dienstleistung unmöglich geworden sei, im Fall einer wirklichen oder doch vereinbarten Vorausbezahlung den ganzen Lohn behalte, und ihn, wenn er noch rückständig sei, sogar nachfordern könne. Eine ähnliche Ansicht hat auch Koch, Recht der Forderungen III. S. 814, der sich aber allein auf die in der Note 8 citirten Stellen beruft. — Erxleben, die Condictiones sine causa II. S. 420 ff. stimmt zwar insofern mit uns überein, als er es für unzulässig hält, die oben abgedruckten Stellen für die Dienstmiethe zu benutzen; er leitet jedoch aus diesen Stellen einen anderen allgemeinen Grundsatz ab, welcher gleichfalls nicht gerechtfertigt sein dürfte. S. darüber unten §. 31 Note 21.

locator operarum immer die Gegenleistung verlangen könne, wenn es ihm ohne sein Verschulden unmöglich geworden sei, zu erfüllen.

Es bleibt uns nichts übrig, als die Stelle beschränkend zu erklären, und auf solche Fälle zu beziehen, in welchen der Vermiether zur Leistung bereit war, der Miether aber die Leistung nicht annehmen wollte, oder wegen factischer Hindernisse nicht annehmen konnte. Ebenso haben wir, was den Gegenstand des Anspruchs („**totius temporis mercedem**") betrifft, die **L. 38 pr. cit.** aus der **L. 19. §. 9. D. locati** zu ergänzen. Auf die gedachte Stelle ein der Analogie der Sachenmiethe und der wahren Natur des Contracts widersprechendes Resultat zu basiren, ist um so weniger gerechtfertigt, als dieselbe dem **liber regularum** des Paulus entnommen ist, und als derartige kurz gefaßte Regeln, wie sie in einem **liber regularum** zusammengestellt wurden, und wie wir sie in den Pandekten vielfach aufgeführt finden, keineswegs immer sehr sorgfältig und genau abstrahirt sind. Wir können im Allgemeinen nur dann mit Sicherheit auf solche Regeln ein Resultat gründen, wenn sie entweder mit den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts in Einklang stehen, oder durch specielle Entscheidungen unterstützt werden. Letzteres ist aber hier, wenn wir die Regel der **L. 38 pr. cit.** auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit beziehen, nicht der Fall. Selbst die Entscheidung in dem **§. 1** der **L. 38 cit.** enthält, wie wir gesehn haben, durchaus keine Bestätigung einer solchen Regel.

Das Resultat, zu welchem wir gelangen, ist demnach, daß der **locator operarum** im Fall einer ohne sein Verschulden eintretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Gegenleistung für diejenigen Dienste, die er nicht geleistet hat, in Anspruch nehmen kann, daß er jedoch berechtigt ist, das Interesse, welches er an der Leistung der Dienste hatte, von dem Miether zu verlangen, nicht nur, wenn er durch dessen Verschulden oder durch eine auf den Willen des Miethers sich gründende Nichtannahme der Leistung an der Erfüllung gehindert ist, sondern auch dann, wenn der Miether durch factische, seine Person betreffende Hindernisse außer Stand gesetzt war, die Leistung anzunehmen.

Hieraus ergiebt sich, daß der Vermiether namentlich dann weder die Gegenleistung noch auch ein Interesse in Anspruch nehmen kann, wenn die casuelle Unmöglichkeit in den Verhältnissen der Sache, auf

welche die Dienste dem Vertrage zufolge sich beziehen sollten, ihren Grund hat, z. B. wenn Jemand gedungen ist, gegen Tagelohn das in einer bestimmten Scheune aufbewahrte Getraide zu dreschen, und die Scheune mit dem Getraide abbrennt, ohne daß dem Arbeitsherrn in dieser Beziehung eine Verschuldung zur Last fällt.

Sind die Dienste theilweise geleistet, ehe die casuelle Unmöglichkeit eingetreten ist, so bekommt der Vermiether die Gegenleistung nur für die geleisteten Dienste. Ob in diesem Fall, wenn der Lohn für eine längere Zeit verdungen ist, die Zeit der einzige Maaßstab für die Reduction der Gegenleistung ist, hängt von den Bestimmungen des Vertrages und den besonderen Umständen des concreten Falles ab. Nicht selten wird, wenn Jemand auf längere Zeit für bestimmte Arbeiten angenommen wird, bei der Feststellung des Lohns auf die Ausbildung des Arbeiters während der Dienstzeit und den dadurch allmälig sich steigernden Werth der Dienste gerechnet. In solchen Fällen sind neben der Zeit auch andere Umstände von Einfluß auf die Bestimmung des Theiles der Gegenleistung, welcher im Fall einer nach begonnener Dienstleistung eingetretenen casuellen Unmöglichkeit als den geleisteten Diensten entsprechend anzusehen ist.

Die zeitweilige, z. B. durch Krankheit des Vermiethers veranlaßte Unmöglichkeit der Leistung steht für die Zeit ihrer Dauer regelmäßig der völligen Unmöglichkeit gleich, da die Dienstmiethe, eben so wie die Sachenmiethe, auf einen bestimmten Zeitraum sich zu beziehen pflegt. 12) Ob der Miether an den Vertrag gebunden ist, falls die Unmöglichkeit vor Ablauf der für die Dienstleistung festgesetzten Zeit gehoben ist, hängt von den Umständen ab; im Fall einer längeren Dauer der Unmöglichkeit wird man jedoch dem Miether immer das Recht einräumen müssen, von dem Vertrage zurückzutreten.

Die angeführten Grundsätze sind auch jetzt noch bei der reinen Dienstmiethe zur Anwendung zu bringen; dagegen erleiden sie manche

---

12) Hierbei sind jedoch immer zugleich die besonderen Umstände des concreten Falls zu berücksichtigen. So wird z. B., wenn ein Dienstvertrag auf längere Zeit abgeschlossen, und der Lohn nicht nach den einzelnen Arbeitstagen, sondern nach größeren Zeitabschnitten bestimmt ist, nicht selten anzunehmen sein, daß die Contrahenten solche kürzere Unterbrechungen, wie sie während einer längeren Zeit fast immer vorkommen, bereits bei der Feststellung des Lohns berücksichtigt haben, — so daß ein Abzug wegen derselben nicht gemacht werden darf.

Modificationen bei denjenigen Dienstverträgen des heutigen Rechts, welche das Eigenthümliche haben, daß der Dienstleistende unter einer gewissen **potestas** des Dienstherrn steht, also bei dem Gesindevertrag, den Verträgen der Handwerksmeister mit ihren Lehrlingen, des Schiffers mit dem Schiffsvolk. Die besondere Natur dieser Dienstverhältnisse hat auch mit Beziehung auf die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit Bestimmungen hervorgerufen, welche sich aus dem Recht der **locatio operarum** nicht ableiten lassen. Die Behandlung der gedachten Verträge gehört aber dem System des deutschen Rechts an, und liegt daher außer dem Kreise unserer Erörterungen.

---

§. 31.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Locatio operis.

Die **locatio operis** hat mit den bisher betrachteten Arten des Miethcontracts das Gemeinsame, daß eine sofortige Erfüllung der Obligation durch die Natur der Leistung, zu welcher der Redemptor sich verpflichtet, ausgeschlossen ist; und deshalb müssen wir annehmen, daß auch hier eine Fiction der Erfüllung nicht statthaft ist.

Abgesehen von dem eben angegebenen Moment unterscheidet sich aber die Leistung des Redemptor in wesentlichen Beziehungen von den Leistungen des Sachenvermiethers und des **locator operarum**. Sie läßt sich nicht, wie die letzteren, in eine Reihe an einander sich anschließender Leistungen auflösen; vielmehr ist sie regelmäßig eine durchaus einheitliche Leistung, einheitlich durch die Richtung auf Hervorbringung eines **opus**.[1]) — Ferner ist eine momentane Erfüllung nur insofern ausgeschlossen, als es sich um die *Ausführung* des **opus** handelt; sowie das **opus** beendigt ist, läßt die Leistung des Redemptor eben so sehr, wie die Leistung des Verkäufers, eine momentane Erfüllung zu.

---

1) Daß dies nicht immer der Fall ist, haben wir oben (§. 17 Note 34) bereits bemerkt; auch werden wir unten noch ausführen, welchen Einfluß es auf die Entscheidung hat, wenn der Leistung des **opus** der einheitliche Charakter abgeht.

Diese Verschiedenheit kann, wenn wir inneren Gründen folgen, nicht ohne Einfluß auf die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit sein. Da durch die Untheilbarkeit des **opus** eine theilweise Erfüllung der Obligation ausgeschlossen ist, so kann hier, falls die casuelle Unmöglichkeit vor der Vollendung des **opus** eintritt, durch die von Seiten des Schuldners zur Erfüllung der Obligation bereits vorgenommenen Handlungen ein Anspruch auf einen Theil der Gegenleistung nicht begründet sein. Umgekehrt müssen aber, sowie das **opus** vollendet ist, consequenterweise dieselben Grundsätze, wie bei dem perfecten Kaufcontract, zur Anwendung kommen.

Wie aus dem bisher Bemerkten hervorgeht, steht die **locatio operis** dem Kaufcontract weit näher, als dies in Ansehung der **locatio operarum** der Fall ist; aber freilich nicht dem perfecten Kaufcontract, sondern dem Kauf einer **res futura**, indem das **opus**, dessen Ausführung den Gegenstand der Obligation bildet, noch nicht vorhanden ist, sondern erst entstehen soll. Diese Verwandtschaft ist auch im römischen Recht anerkannt, indem die für ein bestimmtes **pretium** übernommene Ausführung eines **opus**, falls der Arbeiter auch das Material hergiebt, als Verkauf betrachtet wird. [2])

Ehe wir zu der **locatio operis** selbst uns wenden, wollen wir untersuchen, wie sich die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit in dem Fall gestalten, wenn die Ausführung eines **opus** oder, wie man es hier auch ausdrücken kann, die Leistung einer noch anzufertigenden Sache den Gegenstand eines Kaufcontracts bildet. Die Erörterung dieses Falls haben wir eben wegen seiner Verwandtschaft mit der **locatio operis** bis hierher ausgesetzt.

Entscheidungen, welche sich unmittelbar auf die erwähnte Art des Kaufcontracts beziehen, finden sich in den Quellen nicht. Die Grundsätze über die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit bei dem Kauf-

2) L. 2 §. 1. D. locati (19. 2). Nur dann, wenn der Redemptor das Werk zwar mit eigenem Material, aber auf dem Grund und Boden des Arbeitsherrn aufführt, wird der Vertrag nicht als ein Kauf, sondern als eine locatio operis angesehen; L. 20. D. de contr. empt. (18. 1): „quoniam tunc a me substantia proficiscitur.“

contract sind aber im Allgemeinen so genau festgestellt, daß ihre Anwendung auf den zur Frage stehenden Fall keine Schwierigkeit macht.

Der Kaufcontract über eine noch anzufertigende Sache kann in verschiedener Weise abgeschlossen werden, indem die Gegenstände, welche zu der Ausführung des opus verwendet werden sollen, individuell oder nur der Gattung nach bestimmt sein können. In dem letzteren Fall ist das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit, welche den Arbeiter von seiner Verpflichtung völlig befreit, durch die Natur der Leistung ausgeschlossen.[3]) Selbst dann, wenn das opus bereits beendigt ist, kann der casuelle Untergang desselben den Schuldner nicht von seiner Verpflichtung befreien. Durch die Anfertigung der Sache wird nichts weiter erreicht, als daß ein Gegenstand hergestellt ist, welcher zur Erfüllung der Obligation benutzt werden kann; die Anfertigung der Sache hat aber, wenn sie auch in der Absicht geschehen ist, die angefertigte Sache demnächst dem Käufer zu liefern, nicht die Wirkung, daß die Sache nunmehr den bestimmten Gegenstand der Obligation bildet. Wie es dem Arbeiter, der in der Wahl des Materials nicht auf das einmal Verwendete beschränkt ist, immer noch frei steht, von seiner Absicht, die bestimmte, bereits angefertigte Sache zur Erfüllung der Obligation zu verwenden, wieder abzugehen, und statt derselben eine andere Sache anzufertigen, — so ist auch der Arbeitsherr (der Käufer) nicht berechtigt, seine Klage auf diesen speciellen Gegenstand zu richten. In der Regel wird daher, wenn die zu verwendenden Materialien nur der Gattung nach bestimmt sind, der Arbeiter bis zur Ablieferung die Gefahr tragen, weil eben eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann.[4]) Damit eine solche eintreten könne, bedarf es eines besonderen Acts, durch welchen die Obligation

3) Nur in Beziehung auf die Zeit der Leistung kann in dem zur Frage stehenden Fall eine Unmöglichkeit eintreten. S. oben S. 63. Ob der Käufer alsdann verpflichtet ist, die Sache später noch anzunehmen, oder das Recht hat, von dem Verträge zurückzutreten, ist nach denjenigen Grundsätzen zu beurtheilen, welche im §. 19 für die sogleich vorhandene zeitweilige Unmöglichkeit aufgestellt sind. Siehe S. 297.

4) Vergl. im Allgemeinen oben S. 62 ff. Wenn daselbst nur von einer theilweisen Ausführung des opus die Rede ist, so ist dieses durch das hier Bemerkte zu ergänzen. Der S. 62 ff. aufgestellte Satz hätte aber, wie aus der Note 6 sich ergeben wird, von dem Fall, in welchem das opus vollständig ausgeführt, aber noch nicht abgeliefert ist, nicht in gleicher Allgemeinheit behauptet werden können, wie von dem Fall einer nur theilweise erfolgten Ausführung des opus.

auf die bestimmte angefertigte Sache fixirt, diese zum ausschließlichen Gegenstand der Obligation gemacht wird (S. 52). Außerdem ist der Arbeiter sicher gestellt, sowie er den Gläubiger in eine **mora accipiendi** versetzt hat. (S. 306 f.)

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die zu dem **opus** zu verwendenden Gegenstände individuell bestimmt sind. Hier kann eine Unmöglichkeit der Leistung eintreten, und also auch die Frage aufgeworfen werden, wie es im Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung mit der Gegenleistung zu verhalten ist. — Legen wir nun die Grundsätze über den Kauf einer **res futura** zu Grunde — wie wir das müssen, da der Kauf einer noch anzufertigenden Sache unzweifelhaft unter diese Rubrik gehört, — so bestimmen sich die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit ohne alle Schwierigkeit. — Der Schuldner, dem die Ausführung des **opus** obliegt, ist, wenn dieselbe ohne sein Verschulden unmöglich geworden, nicht verpflichtet, wegen der unterbliebenen Ausführung dem Gläubiger eine Entschädigung zu leisten; er kann aber auch die Gegenleistung nicht in Anspruch nehmen, da bei dem Kaufcontract über eine **res futura** der Verkäufer die Gefahr trägt. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn das **opus** zur Zeit des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit bereits theilweise angefertigt war. [5]) Dagegen kommen andere Grundsätze zur Anwendung, wenn die casuelle Unmöglichkeit der Leistung erst nach der Beendigung des **opus** eingetreten ist. Der Kaufcontract über eine **res futura** wird nämlich nicht erst durch die Tradition, sondern schon durch die Entstehung der Sache perfect, so daß also auch mit diesem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer übergeht (S. 339). Demgemäß muß auch in dem hier zur Frage stehenden Fall, sowie das **opus** beendigt ist, eine Perfection des Contracts angenommen werden, und von diesem Augenblicke an die Gefahr auf den Käufer übergehen, so daß er, wenn nunmehr eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eintritt, durch dieselbe von seiner Verpflichtung, die Gegenleistung zu beschaffen, nicht

---

5) Dabei ist vorausgesetzt, daß die Leistung nicht ausnahmsweise eine theilbare ist. — Ist eine theilweise Ablieferung bedungen, so kann der Arbeiter für die zur Zeit des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit beendigten Theile, deren Annahme er von dem Käufer hätte verlangen können, den entsprechenden Theil der Gegenleistung in Anspruch nehmen. Es gilt hier für die einzelnen beendigten Theile dasselbe, wie im Fall der Untheilbarkeit der Leistung für das beendigte Ganze.

befreit wird. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Ausführung des opus den contractlichen Bestimmungen entsprochen hat, indem sonst die Gegenleistung, selbst wenn die casuelle Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre, von Seiten des Verkäufers nicht hätte verlangt werden können, der Käufer vielmehr ein Recht gehabt hätte, die Annahme der angefertigten Sache zu verweigern.

Es treten also in dem zuletzt erörterten Fall ganz andere Folgen ein, als in dem Fall, wenn die zu verwendenden Gegenstände nur der Gattung nach bestimmt sind. Der Grund, weshalb in dem letzteren Fall der Verkäufer fortwährend, selbst nach der Vollendung des opus die Gefahr trägt, liegt aber allein in der Unbestimmtheit der Leistung, welche überhaupt das Eintreten einer Unmöglichkeit, und somit auch eine darauf sich gründende Befreiung des Verkäufers von seiner Verpflichtung hindert. In dem anderen Fall, wenn die zu verwendenden Gegenstände individuell bestimmt sind, bildet dagegen das opus, welches unter Verwendung dieser Gegenstände ausgeführt wird, immer den bestimmten Gegenstand der Obligation. Eben deshalb kann hier eine Unmöglichkeit der Leistung und somit auch eine casuelle Unmöglichkeit eintreten, welche, sowie der Contract perfect geworden ist, d. h., sowie das opus beendigt ist, die Wirkungen äußern muß, welche der casuellen Unmöglichkeit allgemein bei dem perfecten Kaufcontract zugeschrieben werden. [6])

Gehen wir jetzt zu der locatio operis über, so bedarf es kaum einer Ausführung, daß von einer analogen Benutzung der Grundsätze,

6) Das, worauf es ankommt, ist also, ob die angefertigte Sache als der bestimmte Gegenstand des Contracts betrachtet werden kann. Dazu ist es übrigens nicht erforderlich, daß alle einzelnen Materialien, welche zur Ausführung des opus verwendet werden sollen, individuell bestimmt sind. Selbst dann kann eine solche Bestimmtheit des Gegenstandes vorliegen, wenn zwar alle zu verwendenden Materialien nur der Gattung nach bestimmt sind, der Grund und Boden aber, auf welchem das Werk ausgeführt werden soll, speciell bestimmt ist. Die fehlende nähere Bestimmung in Betreff der zu verwendenden Materialien hat hier allerdings die Wirkung, daß vor der Beendigung des opus von einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein kann (S. 62 ff.); so wie aber das opus auf dem bestimmten Grund und Boden fertig ausgeführt ist, bildet es den bestimmten Gegenstand der Obligation,

welche für den Kauf einer noch anzufertigenden Sache gelten, wenn die zu verwendenden Gegenstände nur der Gattung nach bestimmt sind, nicht die Rede sein kann. Eine locatio operis wird nämlich der Regel nach nicht anders angenommen, als wenn der Arbeitsherr das Material zu liefern hat; in diesem Fall tritt aber, wenn auch durch den Contract die einzelnen zu verwendenden Materialien nicht

---

so daß also ein später eintretender casueller Untergang desselben den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit, und zugleich ihm das Recht, die Gegenleistung zu verlangen, nicht entzieht. — Die Frage, ob eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sei, entscheidet sich bei einseitigen Obligationen, welche auf Ausführung eines opus gerichtet sind, gleichfalls nach den oben aufgestellten Grundsätzen. Insofern die von dem Schuldner herzugebenden Materialien nur der Gattung nach bestimmt sind, kann daher im Allgemeinen ein casuelles Ereigniß den Schuldner selbst dann nicht von seiner Verpflichtung befreien, wenn es nach der Beendigung des opus, aber vor der Ablieferung eingetreten ist; dagegen tritt, wenn die zu verwendenden Gegenstände individuell bestimmt waren, selbstverständlich eine Befreiung immer ein, so wie die Ausführung des Werks mittelst dieser bestimmten Materialien casuell unmöglich geworden ist. Ebenso ist endlich dann, wenn zwar die zu verwendenden Materialien nicht genauer bestimmt sind, der Grund und Boden aber, auf welchem das Werk ausgeführt werden soll, speciell bestimmt ist, eine Befreiung des Schuldners anzunehmen, sofern das casuelle Ereigniß nach der Beendigung des opus eingetreten ist; wogegen ein casuelles Ereigniß, welches den Untergang des nur theilweise ausgeführten opus veranlaßt, den Schuldner nicht von seiner Verpflichtung befreit; vergl. L. 15. D. de V. O. und oben S. 62 ff. — Die einzige Stelle, welche von einem nach der Beendigung des opus eintretenden Casus mit Beziehung auf einseitige Obligationen handelt, ist L. 1 §. 6. D. de pollicit. (50. 12): „Si quis opus, quod perfecit, adsignavit, deinde id fortuito casu aliquid passus sit, periculum ad eum, qui fecit, non pertinere Imperator noster rescripsit.“ Nach dieser Stelle, welche ohne Zweifel auf ein mit dem Grund und Boden zusammenhängendes opus zu beziehen ist, könnte es scheinen, als ob die adsignatio das entscheidende Moment sei. Es sind jedoch die näheren Umstände des bestimmten Falles, auf welchen das in L. 1 §. 6 cit. erwähnte kaiserliche Rescript sich bezog, nicht mitgetheilt; es ist deshalb möglich, daß in dem zur Frage stehenden Fall die Wahl des Bodens eben so, wie die der Materialien, von dem Schuldner abhing; zudem läßt es sich nicht beurtheilen, ob nicht vielleicht der adsignatio bloß deshalb in dem Rescript gedacht ist, weil sie in dem dem Kaiser vorgelegten Fall stattgefunden hatte. Wir sind also nicht berechtigt, durch Anwendung eines argumentum a contrario aus der L. 1 §. 6 cit. die Folgerung zu entnehmen, daß die Gefahr bei einer fehlenden genaueren Bestimmung der zu verwendenden Materialien auch dann, wenn der Grund und Boden für die Ausführung des Werks bestimmt ist, nicht mit der Beendigung des opus, sondern erst mit der Zuweisung desselben auf den Gläubiger übergehe.

genauer bestimmt sind, die nähere Bestimmung jedenfalls durch die Hingabe von Seiten des Locator ein. Nur in einem Fall wird, auch wenn der Arbeiter das Material herzugeben hat, eine **locatio operis** angenommen, nämlich dann, wenn der Grund und Boden, auf welchem das **opus** ausgeführt werden soll, vom Arbeitsherrn herrührt (Note 2); aber auch in diesem Fall ist eine solche Bestimmtheit des Gegenstandes vorhanden, wie sie erfordert wird, damit nach Beendigung des **opus** eine Unmöglichkeit der Leistung eintreten kann (Note 6).

Es fragt sich also nur, ob für die **locatio operis** dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den Fall, wenn der Kaufcontract sich auf eine aus bestimmten Materialien anzufertigende Sache bezieht. Der nächste Grund, weshalb für den auf Ausführung eines **opus** gerichteten Kaufcontract andere Bestimmungen, als für den perfecten Kauf gelten, liegt freilich darin, daß das Geschäft in dem gedachten Fall als imperfect betrachtet wird (§. 29 Note 19). Die mangelnde Perfection hat aber ihren Grund allein in der Beschaffenheit der Leistung, und so liegt es denn allerdings sehr nahe, die für die erwähnte Art des Kaufcontracts geltenden Grundsätze im Allgemeinen auch für die **locatio operis** anzunehmen. Denn die Natur der Leistung ist, soweit sie für die hier zu beantwortende Frage in Betracht kommt, offenbar dieselbe, der Arbeiter mag das Material selbst hergeben, oder selbiges von dem Arbeitsherrn geliefert erhalten. Wie wir oben (S. 365) gesehen haben, führen denn auch die inneren, allein aus der Natur der Leistung entnommenen Gründe in Ansehung der **locatio operis** zu demselben Resultat, wie die eben gedachte Analogie.

Diesemnach werden wir annehmen müssen, daß der Redemptor, wenn die casuelle Unmöglichkeit erst nach der contractmäßig erfolgten Beendigung des **opus** eingetreten ist, immer die Gegenleistung in Anspruch nehmen kann, daß ihm dagegen kein Anspruch auf die Gegenleistung, ja regelmäßig nicht einmal ein Anspruch auf einen Theil derselben zusteht, wenn durch das casuelle Ereigniß die Vollendung des **opus** gehindert ist. — Wie ich dafür halte, wird diese, zunächst nur aus inneren Gründen abgeleitete Ansicht auch durch die Entscheidungen, welche sich in den Quellen finden, bestätigt.

Wir wenden uns im Nachfolgenden zuerst zu denjenigen Fällen, in welchen eine Approbation bedungen ist, oder das Erforderniß derselben aus der Natur der Leistung sich ergiebt. — Daß hier der Lo-

cator nach erfolgter Approbation die Gefahr trägt, versteht sich von selbst. Insofern die Leistung bereits vollständig erfüllt ist, kann von einer casuellen Unmöglichkeit derselben überall nicht mehr die Rede sein; aber selbst dann, wenn der später erfolgende Schaden in der Mangelhaftigkeit des Werks seinen Grund hatte, kann der Locator regelmäßig keine Entschädigung fordern, weil in der Billigung des opus ein Verzicht auf derartige Ansprüche liegt.[7])

Es handelt sich hier also nur um eine Beantwortung der Frage, welcher der Contrahenten den vor der Approbation eintretenden casuellen Schaden zu tragen hat. Die hauptsächlichsten Stellen, welche sich auf diese Frage beziehen, sind:

L. 36. D. ***locati*** **(19. 2.)** ***Florentin.*** **l. 7. Instit.**

L. 37. D. ***eodem. Javolen.*** **l. 8. ex Cassio.**

„Opus, quod aversione locatum est, ***donec adprobetur, conductoris periculum est.*** **Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est: nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset."**

„Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, ***si tale opus fuit, ut probari deberet."***

In der ersten Stelle wird unterschieden, ob das opus per aversionem verdungen ist, so daß es als ein Ganzes abzuliefern und der Approbation zu unterwerfen ist, oder ob die Vereinbarung darauf geht, daß das opus nach Fuß oder Maß abzuliefern ist. Für diese beiden Fälle wird zu Anfang der **L. 36.** cit. die Regel aufgestellt, daß der Redemptor bis zu der Approbation, beziehungsweise bis zur Zumessung die Gefahr trage. Dies soll jedoch nicht gelten:

---

7) Eine Ausnahme findet Statt bei öffentlichen Bauten; L. 8. C. de operibus publicis (8. 12). Ferner versteht es sich von selbst, daß der Redemptor durch die Approbation von seiner Verpflichtung nicht befreit wird, wenn dieselbe durch seinen dolus herbeigeführt ist. L. 24 pr. D. locati (19. 2).

1) wenn eine Mora des Locator die Veranlassung gewesen ist, daß das **opus** zur Zeit des Unglücksfalls nicht approbirt war;

2) wenn das **opus** vor der Approbation durch eine **vis major** zu Grunde gegangen ist.

Die erste Ausnahme macht keine Schwierigkeit. Wie der Gläubiger überhaupt verpflichtet ist, den durch seine Mora dem Schuldner verursachten Schaden zu ersetzen, so muß er auch in dem vorliegenden Fall dem Redemptor das Interesse leisten, welches dieser daran hatte, daß die Approbation nicht gehindert wäre. Dieses Interesse besteht aber in der Gegenleistung, da der Redemptor, wenn die Approbation stattgefunden hätte, trotz des später eintretenden Unglücksfalls die Gegenleistung hätte in Anspruch nehmen können. Selbstverständlich ist hierbei nur vorauszusetzen, daß das Werk fertig und von der Beschaffenheit war, daß es hätte gebilligt werden müssen. Fehlte es an einer dieser Voraussetzungen, so hat der Locator einer Mora sich überall nicht schuldig gemacht; der Grund des Nichterfolgtseins der Approbation kann also dann auch in einer Mora des Locator nicht gefunden werden.

Die zweite Ausnahme ist schwieriger und scheint dem zu Anfang der **L. 36. cit.** aufgestellten Satze, demzufolge der Redemptor bis zur Approbation die Gefahr trägt, zu widersprechen. Da wir nicht annehmen können, daß der Jurist in einer und derselben Stelle sich widerspricht, so müssen wir entweder den ersten oder den späteren Satz einschränkend erklären.

Den ersten Weg schlagen gegenwärtig die meisten Rechtslehrer ein; sie nehmen an, daß unter dem **periculum**, welches der Redemptor nach **L. 36.** zu tragen habe, nur das **periculum culpae** zu verstehen sei, während der Schluß sich auf das **periculum casus** beziehe. Das Resultat ist dann, daß im Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Locator die Gegenleistung zu beschaffen hat.[8] Daß diese Erklärung den Worten der **L. 36. cit.** nicht widerstreitet, muß zugegeben werden. Der Ausdruck **periculum** bezieht sich, wie wir oben (§. **21.**) gesehen haben, nicht nothwendig auf einen casuellen Schaden.

---

8) Siehe z. B. Mühlenbruch, Pandekten II. §. 414 Note 10, Göschen, Vorlesungen II. Abth. 2. §. 514, Schilling, Institutionen III. §. 309 Note z, Molitor, les Obligations I. §. 285, Seuffert, praktisches Pandektenrecht §. 333 und Buchholz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII. S. 4 ff.

Zudem scheinen die Schlußworte der **L. 36.** die erwähnte Erklärung in etwas zu unterstützen, indem dort ganz allgemein als Entscheidungsgrund angeführt wird, daß dem Locator nicht mehr zu prästiren sei, als was dieser durch eigene Sorgfalt und Arbeit erlangt haben würde.

Mit den Worten der **L. 36. D. locati** läßt sich jedoch eben so gut eine andere Auslegung vereinigen, welche darauf ausgeht, durch eine Beschränkung des letzten Satzes den scheinbaren Widerspruch zwischen dem ersten und zweiten Theil der angeführten Stelle zu beseitigen. Wir beziehen dann das **periculum**, welches der Redemptor zu tragen hat, auch auf die casuelle Unmöglichkeit der Leistung, und verstehen den Satz: **si tamen vi majore rel.** von dem Fall, wenn die casuelle Unmöglichkeit nach der Beendigung des **opus**, aber vor der Approbation eingetreten ist. 9) Zwar wird nicht ausdrücklich erwähnt, daß die **vis major** nach der Beendigung des **opus** eingetreten sei; der Jurist konnte aber um so eher dazu gelangen, dieses nicht ausdrücklich hervorzuheben, als unmittelbar vorher von der durch eine Mora des Locator gehinderten Approbation, welche nothwendig eine Beendigung des **opus** voraussetzt, die Rede gewesen war; zudem setzt auch das **intercidere** des **opus** („**opus interciderit**“) ein Vorhandensein desselben voraus, wenn auch nicht gerade nothwendig die völlige Beendigung des **opus**. — Eben so wenig kann man gegen diese Interpretation anführen, daß danach die erste, auf die Mora des Gläubigers sich beziehende Ausnahme zugleich in der zweiten allgemeineren Ausnahme enthalten sei. Die besondere Hervorhebung der Mora erklärt sich ohne Schwierigkeit daraus, daß die Statuirung einer Ausnahme für diesen Fall am wenigsten einem Zweifel unterlag, und daß hier eine Verpflichtung des Locator zur Gegenleistung selbst dann begründet war, wenn die Unmöglichkeit nicht durch eine **vis major**, überhaupt durch keinen Casus in der engeren, der **culpa levis** entgegengesetzten Bedeutung des Worts herbeigeführt war, sondern in allen Fällen, sofern nur der Redemptor sich eines **dolus** oder einer **culpa lata** nicht schuldig gemacht hatte. — Endlich sind auch die allerdings sehr allgemein lautenden Schlußworte unserer Stelle nicht geeignet, ein entscheidendes Argument gegen diese Erklärung zu begründen. Die Entscheidungsgründe, welche wir in den Schriften der

---

9) Diese Erklärung findet sich namentlich bei Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 367.

römischen Juristen finden, sind in der Regel nicht so sorgfältig gefaßt, daß wir mit Sicherheit Schlüsse aus denselben ziehen können, indem nicht selten zur Motivirung einer Entscheidung ein Satz allgemein aufgestellt wird, der nur in einem sehr beschränkten Umfange als richtig anerkannt werden kann. Was aber namentlich den von Florentinus in der L. 36 angeführten Entscheidungsgrund betrifft, so liegt es klar vor, daß derselbe höchst ungenau gefaßt ist, mag man nun die Stelle auf die eine oder andere Weise interpretiren. Die Unrichtigkeit des von Florentinus aufgestellten Satzes tritt sogar in noch erhöhtem Maße hervor, wenn man ihn auf die Verpflichtung des Redemptor zur Ausführung des opus bezieht. Der Grund, weshalb der Locator das opus nicht selbst ausführt, sondern einem Anderen überträgt, wird nämlich regelmäßig darin liegen, daß ihm selbst die zur Ausführung des opus nöthige Fähigkeit fehlt; in solchen Fällen hat aber der Redemptor dem Locator allerdings mehr zu leisten, als dieser durch eigene Sorgfalt und Arbeit hätte erlangen können. Der Schlußsatz der L. 36 cit. paßt in der That nur dann zur Motivirung des Satzes, daß der Gläubiger den durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit entstandenen Nachtheil zu tragen hat, wenn es sich um eine Leistung handelt, welche von dem Einen so gut, wie von dem Anderen vorgenommen werden kann, — wie das nicht in Ansehung der Ausführung eines opus, wohl aber in Ansehung der Ablieferung eines bereits beendigten opus der Fall ist. — Ich bin weit entfernt, positive Folgerungen aus dieser Deduction zu ziehen; soviel dürfte sich aber jedenfalls aus derselben ergeben, daß wir auf die Schlußworte der L. 36 kein entscheidendes Gewicht legen dürfen.

Es fragt sich aber jetzt, welche der beiden im Obigen angeführten Erklärungen als die richtige anzuerkennen ist.[10]) Die Worte der

10) Außerdem sind zwar noch andere Versuche gemacht, die L. 36 D. locati zu erklären, doch sind diese jedenfalls nicht zu berücksichtigen. So will Glück, Pandekten XVII. S. 439 unterschieden wissen, ob der Schaden durch eine unabwendbare Naturbegebenheit (vis major) oder durch einen andern Casus herbeigeführt sei. Im ersten Fall soll der Locator, im zweiten der Redemptor die Gefahr tragen. Eine ähnliche Unterscheidung kommt allerdings bei dem receptum der nautae, caupones und stabularii vor; sie ist aber so durchaus exceptionell, daß wir dieselbe nur auf Grund völlig klarer Zeugnisse für die locatio operis annehmen könnten; an solchen fehlt es aber durchaus, und auch die L. 36 kann als ein solches Zeugniß nicht gelten. — Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 508 Note h bezieht das periculum, welches der Re-

L. 36 allein geben keine genügenden Anhaltspunkte, um diese Frage mit völliger Sicherheit zu entscheiden. Fassen wir jedoch mit der L. 36 die von den Compilatoren derselben beigefügte L. 37 zusammen, so kann es uns nicht zweifelhaft sein, daß wenigstens im Sinne der Compilation die letztere Auslegung unbedingt den Vorzug verdient. In der L. 37 wird nämlich der Satz, daß der Locator den Nachtheil des casuellen Untergangs des opus zu tragen habe, ausdrücklich auf den Fall beschränkt, „si tale opus fuit, ut probari deberet." Von einer Nothwendigkeit der Approbation kann aber selbstverständlich vor Beendigung des opus nicht die Rede sein.

Die Richtigkeit der angenommenen Interpretation wird noch unterstützt durch:

L. 62. D. *locati* (19. 2). *Labeo* lib. 1. Pithan.

„Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum: si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum."

Es wird hier eben so, wie zu Anfang der L. 36. D. eodem, der Satz aufgestellt, daß der vor der Approbation eintretende Schaden den Redemptor trifft; auch läßt das von Labeo gewählte Beispiel es nicht bezweifeln, daß er wenigstens vorzugsweise an einen casuellen Schaden gedacht hat. Es kann sich nur fragen, ob nicht der Ausspruch des Labeo, indem darin die Approbation als der entscheidende Zeitpunkt aufgeführt wird, mit der L. 37. D. locati in Widerspruch tritt, sowie ferner, ob nicht durch die von Paulus hinzugefügten Bemerkungen der von Labeo allgemein hingestellte Satz eine Modification erlitten hat. Wir beschränken uns zunächst auf eine Beantwortung der letzteren Frage.

Hätte Paulus alle Fälle, auf welche der Satz des Labeo sich bezieht, durch die von ihm hervorgehobenen Fälle des soli vitium und des operis vitium umfaßt, so würde allerdings das periculum, welches der Redemptor zu tragen hat, nur ein periculum culpae sein, indem das vitium operis eine culpa des Arbeiters

---

demptor zu tragen hat, auf Fälle, in welchen die Ausführung des opus nur erschwert ist, das vom Locator zu tragende periculum auf Fälle einer wahren Unmöglichkeit der Leistung. In der L. 36 findet sich aber nicht die geringste Andeutung, welche uns berechtigen könnte, dem Worte periculum nach dieser Seite hin eine verschiedene Bedeutung unterzulegen.

voraussetzt; alle übrigen möglichen Gründe des Erdsturzes würden dann unter das soli vitium fallen. Mit dieser Auslegung steht aber die übliche Bedeutung des Wortes vitium in dem entschiedensten Widerspruch. Nach dieser Bedeutung, sowie auch nach anderen Stellen, in welchem ebenfalls von einem vitium soli die Rede ist, kann nur derjenige Schaden, als durch ein vitium soli herbeigeführt, gelten, welcher in der schlechten Beschaffenheit des Bodens seinen Grund hat, — also nicht der Schaden, welcher durch Naturereignisse, wie Erderschütterungen, Stürme, Ueberschwemmungen, herbeigeführt ist; es sei denn, daß diese Ereignisse, wenn der Boden fehlerfrei gewesen wäre, keine derartige Einwirkung auf ihn hätten äußern können.[11]) — Der Schaden ist also in denjenigen Fällen, in welchen er in einem vitium soli seinen Grund hat, regelmäßig auf eine culpa des Locator zurückzuführen und deshalb schon nach den über die Verschuldung geltenden allgemeinen Regeln von diesem zu ersetzen,[12]) sofern nicht etwa der Locator den Redemptor vorher mit der fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens bekannt gemacht, und letzterer ausdrücklich oder stillschweigend die desfällige Gefahr übernommen hat.[13])

Legen wir nun dies zu Grunde, so ergiebt es sich, daß die Bemerkungen des Paulus in der L. 62 cit. sich allein auf solche Fälle beziehen, in welchen die Unmöglichkeit der Leistung in einer Verschul-

11) Dieser Begriff des vitium soli ergiebt sich namentlich aus dem Pandektentitel de damno infecto. Die cautio damni infecti bezog sich nämlich auf die Erstattung des in Folge eines vitium soli, loci, aedium etc. eintretenden Schadens. L. 9 §. 4. L. 15 §. 3. L. 24 §§ 9. 12. D. de damno inf. (39. 2); daß aber hier der Schaden nur in dem im Text angegebenen Umfange als ein durch vitium soli etc. herbeigeführter anerkannt wird, geht klar hervor aus L. 24 §§. 4. 9. 10. L. 43 pr. D. eodem.

12) Selbst dann, wenn der Locator die fehlerhafte Beschaffenheit des Bodens nicht kannte, ist eine Haftung wegen culpa anzunehmen. Der Locator hätte sich vorher über diesen Umstand vergewissern sollen. Ganz auf denselben Gründen beruht die Entscheidung, daß derjenige, welcher den Auftrag zum Ankauf eines bestimmten Sclaven ertheilt hat, für den Diebstahl, den dieser Sclave bei dem Mandatar verübt, haftet, auch wenn er nicht wußte, daß der Sclave diebisch sei (L. 61 §. 5. D. de furtis 47. 2), und obgleich eine Haftung des Mandanten wegen Casus ausdrücklich ausgeschlossen wird. L. 26 §. 6. D. mandati (17. 1).

13) Stillschweigend kann dies z. B. dadurch geschehen, daß der Locator den Redemptor auf die Fehlerhaftigkeit des Bodens aufmerksam macht und es in dessen Ermessen verstellt, ob die Arbeit dessenungeachtet auf diesem Boden vorzunehmen sei. — Vergl. auch L. 13 §. 5. D. locati (19. 2).

dung des Locator oder Redemptor ihren Grund hat, während er den Ausspruch des Labeo für diejenigen Fälle, in welchen keinem der Contrahenten eine Verschuldung zur Last fällt, unangefochten stehen läßt.

Das Resultat, zu welchem wir gelangt sind, ist also folgendes. Der Locator ist, wenn die casuelle Unmöglichkeit vor Beendigung des **opus** eintritt, nicht verpflichtet, die Gegenleistung zu prästiren; dagegen muß er dies thun, wenn das Ereigniß, welches den Schaden verursacht hat, erst nach der erfolgten Approbation sich zugetragen hat In Ansehung der Frage, wie es zu verhalten ist, wenn die casuelle Unmöglichkeit nach der Beendigung des **opus**, aber vor der Approbation eingetreten ist, scheinen die Aussprüche der römischen Juristen von einander abzuweichen. Nach der **L. 37. D. locati**, sowie nach den über den Kauf einer **res futura** geltenden Regeln haben wir den Zeitpunkt der Beendigung des **opus** als den entscheidenden zu betrachten, vorausgesetzt, daß dasselbe den contractlichen Bestimmungen gemäß ausgeführt ist. In der **L. 62. D. locati**, sowie auch zu Anfang der **L. 36. D. eodem** wird dagegen die Approbation und nicht die Beendigung des **opus** als der entscheidende Zeitpunkt aufgeführt.

Dieser Widerspruch dürfte jedoch nur ein scheinbarer sein. Wir haben oben schon bemerkt, daß der Ausspruch des Florentinus zu Anfang der **L. 36. D. locati** mit Rücksicht auf die **L. 37. D. eodem** zu beschränken ist; dasselbe muß auch in Betreff der **L. 62. D. locati** angenommen werden. Die Ausdrucksweise des Florentinus und Labeo läßt sich überdies völlig befriedigend erklären, ohne daß wir eine Verschiedenheit der Ansichten unter den römischen Juristen anzunehmen haben. Der Redemptor ist nämlich nur dann, wenn der casuelle Schaden nach der Approbation eingetreten ist, allgemein berechtigt, die Gegenleistung in Anspruch zu nehmen. Insofern der Casus vor der Approbation sich ereignet hat, ist das Recht des Redemptor auf die Gegenleistung dadurch bedingt, daß er außer der Beendigung des **opus** und der casuellen Vernichtung oder Beschädigung desselben zugleich noch beweist, daß das **opus** ein solches gewesen sei, daß es hätte gebilligt werden müssen. Von diesem Gesichtspunkt aus konnten die römischen Juristen sehr leicht dahin gelangen, als Regel es aufzustellen, daß die Gefahr erst mit der Approbation auf den Locator übergehen, dagegen den letztern Satz nur als eine diese Regel beschränkende Ausnahme zu betrachten.

Im Vorhergehenden haben wir nur den Fall berücksichtigt, wenn das **opus** als ein Ganzes verdungen ist. Die hierfür geltenden Grundsätze lassen sich ohne Schwierigkeit auf den Fall, wenn eine theilweise Ablieferung **(in pedes mensurasve)** bedungen ist, anwenden. Die Zumessung tritt hier an die Stelle der Approbation; der Locator trägt also von dem Zeitpunkte der Zumessung an die ganze Gefahr, so daß er auch dann, wenn die zugemessenen Theile des **opus** nachher untergehen, verpflichtet ist, einen demselben entsprechenden Theil der Gegenleistung dem Redemptor zu prästiren. Der Redemptor kann aber nach Analogie der oben angeführten Bestimmungen die Gegenleistung auch für die zur Zeit des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit noch nicht zugemessenen Theile des **opus** in Anspruch nehmen, sofern diese Theile bereits beendigt und so beschaffen waren, daß den contractlichen Bestimmungen zufolge der Locator die Zumessung sich hätte gefallen lassen müssen.

Bis hierher finden wir die in den Quellen mitgetheilten Entscheidungen sowohl unter einander, als mit den allgemeinen Grundsätzen über das Tragen der Gefahr bei gegenseitigen Obligationen in Uebereinstimmung. Das gewonnene Resultat wird überdies, wie wir unten sehen werden, durch diejenigen Stellen bestätigt, welche sich auf solche Fälle der **locatio operis**, in denen es keiner Approbation bedarf, beziehen. Dagegen scheinen zwei Stellen mit der von uns aufgestellten Ansicht in Widerspruch zu stehen:

1) **L. 59. D.** ***locati*** **(19. 2).** ***Javolen.*** **L. 5. Labeonis Post.**

> **„Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta, terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.“**

Da diese Stelle denselben Juristen zum Verfasser hat, wie die **L. 37. D. locati**, so läßt sich nicht wohl annehmen, daß eine andere Ansicht in derselben ausgesprochen sein sollte; es bleibt uns aber dann nicht wohl etwas Anderes übrig, als anzunehmen, daß in dem zur Frage stehenden Fall der Bau nicht als ein Ganzes, sondern in der Weise verdungen war, daß eine theilweise Ablieferung stattfinden sollte, und daß im vorliegenden Fall ein Theil, dessen Annahme hätte verlangt werden können, wie z. B. ein Flügel des Gebäudes, beendigt war. — Die übrigen Erklärungen haben entweder die Worte der

Stelle gegen sich,[14]) oder sie führen zu Resultaten, welche mit den von den römischen Juristen sonst aufgestellten Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen sind.

Das Letztere gilt von der Ansicht derjenigen, welche aus der **L. 59 cit.** folgern, daß der Redemptor in allen Fällen, wenn der Casus nach dem Beginn der Arbeit sich ereignet, einen entsprechenden Theil der Gegenleistung oder wenigstens einen Ersatz der gehabten Mühe und Kosten von dem Locator verlangen könne.[15]) Die letztere Ansicht, welche einen Entschädigungsanspruch für begründet hält, hat gegen sich, daß ein solcher nach den Grundsätzen des römischen Rechts im Allgemeinen ohne eine **culpa** des Locator nicht gerechtfertigt werden kann. Möglich wäre es nun freilich, daß die römischen Juristen bei der **locatio operis** eben so, wie bei der **locatio operarum**, Ausnahmen von diesen Grundsätzen zugelassen hätten; die **L. 59 cit.** ist aber in der That nicht bestimmt genug, um die Annahme einer solchen Ausnahmsbestimmung darauf zu stützen, zumal da sie auch in einer solchen Weise sich erklären läßt, daß sie mit den sonstigen Regeln des römischen Rechts in Einklang steht. — Die Ansicht ferner, daß in dem zur Frage stehenden Fall nicht sowohl eine Entschädigung, als vielmehr ein entsprechender Theil der Gegenleistung verlangt werden könne, steht mit dem einheitlichen Charakter in Widerspruch, welchen die römischen Juristen der Leistung eines **opus** für den Fall, daß selbiges als ein Ganzes verdungen ist, beilegen.

2) **L. 33 D.** *locati* **(19. 2).** *African.* **l. 8 Quaest.**

> „— — **Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilo minus teneberis.**“

Daß diese Stelle, auf welche freilich Manche sich berufen, im Allgemeinen nicht geeignet ist, als Grundlage für eine Ansicht über die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit bei der **operis locatio** zu die-

---

14) So die Erklärungen von Glück, Pandekten XVII. S. 437 und Koch, Recht der Forderungen III. S. 820. Ersterer bezieht die L. 59 auf den Fall eines soli vitium; dem steht aber entgegen, daß ausdrücklich hervorgehoben wird, das Gebäude sei vi naturali eingestürzt. Koch findet in der L. 59 nur den Satz ausgesprochen, daß der Redemptor keine Entschädigung zu leisten habe; die Worte: periculum est alicujus, haben aber in ihrer Anwendung auf gegenseitige Obligationen regelmäßig eine andere Bedeutung. S. oben §. 21.

15) S. z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. §. 509 Note i; Molitor, les Obligations I. §. 285; Seuffert, praktisches Pandektenrecht §. 333.

nen, ist klar. Der Fall einer **operis locatio** wird nämlich nur beiläufig erwähnt; es wird überdies nicht gesagt, worauf der Locator hafte, und auch aus dem Zusammenhange läßt sich nicht mit Bestimmtheit entscheiden, worauf nach der Ansicht des Africanus die Klage gehen soll.

Africanus geht, wie oben (§. 28) schon bemerkt ist, aus von dem Fall, wenn ein verpachtetes Grundstück publicirt ist. Er bemerkt, in diesem Fall hafte der Verpächter dem Pächter, **ut ei frui liceat**, obgleich es nicht an ihm liege, daß er die Benutzung des Grundstücks nicht präſtiren könne. — Als Beleg für diese Entscheidung wird angeführt: 1) der Fall, wenn Jemand einen Hausbau verdingt und der Boden zusammenstürzt; 2) der Fall, wenn Jemand ein Grundstück verkauft, und dieses vor der Tradition publicirt wird, indem im ersten Fall der Locator **ex conducto**, im zweiten Fall der Verkäufer **ex empto** hafte. Wie die Haftung **ex conducto** sei, wird nicht gesagt; die Haftung **ex empto** dagegen ist in der That, wie aus dem ferneren Inhalt der Stelle hervorgeht, gar keine eigentliche Haftung aus dem Contract, indem der Verkäufer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist, sondern nur zur Zurückzahlung des bezahlten Kaufpreises. Darauf wird denn auch die Verbindlichkeit des Vermiethers eines später publicirten Grundstücks reducirt, indem anerkannt wird, daß derselbe nicht, wie zu Anfang der Stelle gesagt wird, das **frui licere** präſtiren soll, sondern daß er nur das vorausbezahlte Miethgeld zu restituiren habe. Bei der **locatio operis** kann von einer solchen Zurückzahlung nicht die Rede sein, da der Locator hier nicht Geld erhält, sondern solches zu bezahlen hat. Es ist demnach klar, daß das Beispiel jedenfalls sehr unpassend gewählt ist. Wir können uns die Wahl dieses Beispiels nicht wohl anders erklären, als daraus, daß Africanus die Haftung des Sachvermiethers zuerst ungenau als eine Haftung auf die bedungene Leistung bezeichnet; — eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, welche er nachher selbst berichtigt. Wäre nämlich zu beweisen gewesen, daß der Vermiether ungeachtet der Publication hafte, so hätte zur Unterstützung dieses Satzes allerdings ein Beispiel der **locatio operis**, in welchem eine Haftung des Locator auf Entschädigung oder auf die Gegenleistung anerkannt war, angeführt werden können.

Die bisherigen Bemerkungen dürften genügen, um darzuthun, wie bedenklich es ist, die bloß beiläufig und noch dazu an einem unpassenden Ort eingeschaltete Aeußerung des Africanus über die **lo-**

catio operis als Grundlage für die Lehre von dem Tragen der Gefahr bei der letzteren zu benutzen. Wir müssen vielmehr von den klaren Entscheidungen in den Quellen ausgehen, und die oben abgedruckten Worte der L. 33 cit. mit diesen zu vereinigen suchen. Es bleibt uns hier aber nur die Wahl, entweder zu supponiren, daß das Werk bereits beendigt war, oder daß der Locator einen fehlerhaften Platz zum Bau angewiesen hatte, und dies die Ursache des Einsturzes war. Diese Suppositionen wird man nicht als willkührlich zurückweisen können, zumal da das Beispiel selbst dann, wenn man die fraglichen Worte so verstände, daß der Locator in jedem Fall einer casuellen Unmöglichkeit die Gegenleistung prästiren müsse, nicht passen würde, weil gerade in dem Fall, für welchen Africanus das Beispiel als Beleg anführt, die Gegenleistung nicht verlangt, sondern vielmehr die bereits beschaffte Gegenleistung zurückgefordert werden kann. [16])

Die Anwendung der oben begründeten Regeln auf den Fall, in welchem es einer Approbation des opus nicht bedarf, macht keine

16) Koch, Recht der Forderungen III. S. 820 versteht die L. 33. D. locati so, daß der Locator verpflichtet sei, dem Bauunternehmer einen andern Bauplatz anzuweisen oder das Interesse zu leisten. Eine solche Verpflichtung des Locator zur Prästation des Casus findet sich aber in der L. 33 cit. nicht ausgesprochen und läßt sich auch aus anderen Stellen nicht nachweisen. Auch paßt die Analogie der Bestimmungen über die Sachenmiethe, auf welche Koch sich bezieht, durchaus nicht. Allerdings wird zu Gunsten des Vermiethers angenommen, daß derselbe, wenn er in gutem Glauben eine fremde Sache vermiethet hat, und diese ohne seine Schuld evincirt ist, so wie in dem Fall einer bloß zeitweiligen casuellen Unmöglichkeit dem Miether eine ebenso gute andere Sache für die fernere Miethzeit, beziehungsweise für die Dauer der Unmöglichkeit, zur Benutzung zuweisen, und dadurch im ersten Fall von dem Anspruch des Miethers auf Entschädigung sich befreien, im zweiten Fall den Miether an einem Zurücktreten von dem Miethvertrage, zu welchem er sonst berechtigt wäre, hindern kann; L. 9 pr. L. 60 pr. D. locati (19. 2). Im ersten Fall liegt aber überall keine wahre Unmöglichkeit der Leistung vor, so daß die Haftung auf das Interesse als Regel sich von selbst versteht; die factischen Grundlagen der Entscheidung sind hier also durchaus verschieden, so daß eine analoge Benutzung ausgeschlossen ist. Im zweiten Fall ist aber die Entscheidung selbst eine völlig andere; der Vermiether ist nämlich hier, wenn er keine andere Sache dem Miether zuweist, nicht zur Entschädigung verpflich-

Schwierigkeit. Hier kann selbstverständlich nur die Beendigung des opus der entscheidende Zeitpunkt sein, bis zu welchem der Redemptor die Gefahr trägt. Er kann, wenn die Ausführung des opus, sei es auch ohne ein Verschulden von seiner Seite, unmöglich geworden ist, die Gegenleistung nicht verlangen. Eine Bestätigung dieser Regel finden wir in:

L. 10. pr. D. *de l. Rhodia* **(14. 2).** *Labeo* **l. 1. Pith. a Paulo Epit.**

„Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo, quaeritur quid actum est: utrum ut pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.“

Es wird hier der allgemeine Grundsatz an die Spitze gestellt, daß der Redemptor im Fall einer casuellen Unmöglichkeit die Gegenleistung nicht verlangen könne. Diese Regel wird auch von Paulus nicht gemißbilligt; vielmehr bemerkt er nur, daß immer vorzugsweise darauf zu sehen sei, **quid actum sit.** Grade in dem in **L. 10 pr. cit.** entschiedenen Fall wird aber sehr oft der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, daß die Gegenleistung für die Aufnahme in das Schiff zu zahlen sei, und daß dieselbe nur dann zurückverlangt werden könne, wenn durch den Casus die Fahrt des Schiffes nach dem Bestimmungsort gehindert sei. Ist aber dies der Wille der Parteien, wie das in dem vorliegenden Fall nach dem, gewiß auf dem damals herrschenden Herkommen sich stützenden Ausspruch des Paulus und ebenso nach dem heutigen Herkommen im Zweifel anzunehmen ist, so muß es danach verhalten werden, indem die Vorschriften, um welche es sich hier handelt, zu dem **jus, quod pactis privatorum mutari potest,** gehören. Die Regel, daß der Redemptor bis zur Beendigung des **opus** die Gefahr trägt, wird aber dadurch nicht aufgehoben.

---

tet; es entgehen ihm dann nur die etwaigen Vortheile, welche die Aufrechthaltung des Contracts für ihn gehabt haben würde. — Die L. 15. D. de V. O. (45. 1) endlich, auf welche Koch gleichfalls sich beruft, enthält nur eine Anwendung der Regel, daß die Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit den Schuldner von der Einhaltung der durch den Contract festgesetzten Erfüllungszeit befreit (vergl. auch oben S. 63). Eine Verpflichtung des Bauherrn zu positiven Prästationen läßt sich aus dieser Stelle nicht herleiten.

Aus dieser Regel erklärt sich auch die viel besprochene

L. 15 §. 6. D. *locati* (19. 2). *Ulp.* l. 32 ad Ed.

Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.«

Die Stelle wird häufig bei der locatio operarum benutzt; der Transport von Sachen oder Personen wird aber, wie aus einer Reihe von Stellen hervorgeht, als Gegenstand einer operis locatio angesehen (§. 8 Note 25).

Der Fall ist folgender: ein Procurator Caesaris hat mit einem Schiffer abgemacht, daß er, sei es ihn selbst oder Waaren für ihn nach einem bestimmten Orte mit seinem Schiffe bringen soll; er hat ihm zugleich die vectura in der Weise vorausbezahlt, daß der Schiffer diese einstweilen nur als ein Darlehn haben soll. Durch den Verlust des Schiffes wird es dem Schiffer unmöglich, zu fahren, und es fragt sich, ob jetzt der Procurator die vectura zurückfordern kann. Nach dem aufgestellten Princip kann er dieselbe schon aus dem Grunde zurückfordern, weil der Transport nicht bewerkstelligt ist, und dieses wird auch als alleiniger Grund angeführt. Die Erwägungen, welche Paulus in der L. 10 pr. D. de lege Rhodia anstellt, konnten in dem Fall der L. 15 §. 6 cit. wegen der Natur des Hindernisses nicht zur Sprache kommen; vielmehr war hier kein Grund vorhanden, die Anwendung der für die locatio operis geltenden Regel auszuschließen.[17]

17) A. M. Fuchs im Archiv f. civ. Pr. XXXIV. S. 405 ff. Er hält den in L. 15 §. 6 cit. behandelten Vertrag im Wesentlichen für einen Innominatcontract. Die Klage auf Zurückzahlung der vectura ist seiner Ansicht nach eine condictio causa data c. n. s., darauf basirt, daß der Schiffer ohne Grund und ohne daß eine wahre Unmöglichkeit vorgelegen habe, seiner Verpflichtung nicht nachgekommen sei. — Ich kann mit dieser Erklärung in keinem Punkte übereinstimmen. Die Worte: „pro mutua acceperat" zeigen an, daß der Vertrag kein Innominatcontract ist, daß vielmehr die hingegebene vectura nur als ein pränumerirtes Miethgeld, welches bis zum Eintreten des Zahlungstermines als Darlehn in den Händen des Schiffers bleiben soll, betrachtet wird. — Ferner kann man in der L. 15 §. 6 nicht wohl anders, als an einen Fall wahrer Unmöglichkeit denken, wie denn auch in der Regel der Contract, von welchem in dieser Stelle die Rede ist, auf den Transport in einem bestimmten Schiffe sich beziehen wird. Dafür spricht auch, daß in den übrigen §§. der L. 15 nur von Fällen wahrer Unmöglichkeit die Rede ist. Zugleich liegt es vor, daß eine Schuld des Schiffers nicht angenommen

Gegen diese Regel spricht auch nicht die **L. 61 §. 1. D. locati (19. 2)**. Das Geschäft, auf welches diese Stelle sich bezieht, ist die Miethe eines Schiffes zum Transport von Waaren nach Aquileja; dasselbe ist weder eine reine Sachenmiethe, noch auch eine reine **locatio operis**; was unsere Frage betrifft, werden aber freilich die Grundsätze der **locatio operis** zur Anwendung kommen müssen. Der Grund, weshalb dennoch dem Befrachter des Schiffes trotz des nicht ausgeführten Transports die Verpflichtung auferlegt wird, die Gegenleistung zu prästiren, liegt aber nicht in der Annahme eines anderen Princips, sondern allein darin, daß die Ausführung des Transports durch ein Verschulden des Befrachters verhindert ist. Daß die ganze Gegenleistung zu prästiren ist, erklärt sich aus der Länge der Zeit, während deren das Schiff zurückgehalten ist; der Schiffer hätte nämlich, wenn er nicht in dieser Weise zurückgehalten wäre, in der fraglichen Zeit die Reise zurücklegen und so den Anspruch auf die ganze Gegenleistung erwerben können.

Durch die Interpretation der in den Quellen enthaltenen Entscheidungen sind wir somit zu demselben Resultate gelangt, zu welchem auch die inneren Gründe und die Analogie des Kaufcontracts über eine **res futura** uns führten; und eben diese Uebereinstimmung dürfte zugleich beitragen, unsere Auslegung der auf die **locatio operis** sich beziehenden Stellen zu unterstützen.

Die Regel ist also, daß der **locator operis** im Fall einer casuellen Unmöglichkeit keine Entschädigung in Anspruch nehmen kann, daß er aber auch zur Beschaffung der Gegenleistung nicht verpflichtet ist, sofern die casuelle Unmöglichkeit vor der contractmäßigen Beendigung des **opus** eingetreten ist. Zudem finden wir hier keine solche

werden kann. Wenn Fuchs meint, Ulpian würde, wenn er eine casuelle Unmöglichkeit angenommen hätte, den Umstand, daß der Contract nicht erfüllt worden sei, nicht zur Motivirung des Anspruchs des Procurator, sondern zur Begründung des Anspruchs des Schiffers auf die **vectura** benutzt haben, so hat dieser Grund nur dann Bedeutung, wenn man das Princip, demzufolge die casuelle Unmöglichkeit als Erfüllung gelten soll, mit Fuchs als ein allgemeines Princip hinstellt.

Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen über die Entschädigung, wie bei der **locatio operarum**; vielmehr müssen wir annehmen, daß die Frage, ob der Locator zur Entschädigung verpflichtet ist, nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts zu entscheiden ist. Ein in den Quellen besonders hervorgehobener Fall, in welchem eine Verpflichtung zur Entschädigung angenommen wird, ist der, wenn der Locator fehlerhaftes Material zur Bearbeitung übergeben, oder einen untauglichen Boden zur Ausführung des **opus** angewiesen hat.

Von selbst versteht es sich, daß die angeführten Grundsätze nur insoweit gelten, als die Contrahenten nicht selbst im einzelnen Fall andere Bestimmungen über die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit getroffen haben (§. 24). Dies kann nicht nur durch ausdrückliche Verabredung geschehen, sondern eben sowohl stillschweigend, und zwar kann hier unter Umständen das Herkommen für die Auslegung des Vertrages von großer Bedeutung sein. Einen Fall der letzteren Art enthält die oben erklärte **L. 10 pr. D. de lege Rhodia** (14. 2). Die Fälle, in welchen der Absicht der Contrahenten zufolge ausnahmsweise der Erwerb des Rechts auf die Gegenleistung nicht von der völligen Ausführung des **opus** abhängig gemacht ist, haben aber eine ganz andere Natur, als diejenigen Fälle, in welchen nach der **L. 19 §. 9. D. locati** (19. 2) der Vermiether von **operae** ausnahmsweise wegen der casuell eingetretenen Verhinderung der Leistung Schadensersatz verlangen kann. Zwar wird auch in den hier zur Frage stehenden Fällen immer vorauszusetzen sein, daß in Ansehung dessen, was von Seiten des Schuldners zur Erfüllung nöthig ist, kein Hinderniß der Leistung entgegengestanden hat; in dem Fall der **L. 10 pr. D. cit.** ist es sogar erforderlich, daß der Schiffer, welcher die Beförderung des Passagiers übernommen, auch wirklich die Reise gemacht hat. Die Entscheidung beruht aber hier nicht auf einer Erweiterung der Fälle, in welchen der Gläubiger wegen der verhinderten Erfüllung den Schuldner zu entschädigen hat, sondern auf einer Auslegung des Vertrages („**quaeritur quid actum est,**“ wie es in **L. 10 pr.** heißt). Eben deshalb wird hier die Gegenleistung als solche, und nicht bloß als Gegenstand des Interesse wegen der eingetretenen Verhinderung der Leistung, in Anspruch genommen.

Ferner gilt die aufgestellte Regel nur für den Fall, wenn die Ausführung des **opus** als eine untheilbare Leistung zu betrachten ist. Bei der Auslegung der **LL. 36** und **59. D. locati** (19. 2) ist bereits bemerkt, daß dann, wenn eine successive Ablieferung der

einzelnen Theile bedungen ist („ut in pedes mensurasve praestetur“) im Fall einer eintretenden casuellen Unmöglichkeit die Gegenleistung auch für diejenigen Theile zu prästiren ist, welche zwar nicht abgeliefert, aber in der Weise beendigt waren, daß ihre Annahme hätte verlangt werden können. In einer solchen Verabredung liegt immer implicite eine, die Anwendung der allgemeinen Regel ausschließende Vereinbarung der Contrahenten, indem der Ausführung des opus dadurch der Charakter der Untheilbarkeit entzogen wird. Aber auch ohne daß eine solche Verabredung getroffen ist, kann die Ausführung des opus ausnahmsweise als eine theilbare Leistung zu betrachten sein (vergl. §. 17 Note 34). — Ist die Leistung vollständig theilbar, so gilt dasselbe, wie für die locatio operarum; der Arbeiter kann dann immer für diejenigen Theile der Arbeit, welche er zur Zeit des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit bereits ausgeführt hatte, den entsprechenden Theil der Gegenleistung in Anspruch nehmen.[18]) Sehr häufig wird man in diesem Fall das Geschäft gar nicht als eine locatio operis, sondern nur als eine locatio operarum betrachten können.[19])

Im Vorhergehenden ist nur von solchen Diensten die Rede gewesen, welche den Gegenstand eines Miethcontracts bilden. Die sonsti-

---

18) In dem Fall der L. 51 §. 1. D. locati (19. 2) kann also der Redemptor immer den Lohn für diejenigen Tage, während deren er gearbeitet hat, in Anspruch nehmen. Der Unterschied von den Fällen einer gewöhnlichen locatio operarum ist nur der, daß dann, wenn das opus nicht lediglich nach der Instruction des Arbeitsherrn auszuführen, sondern eine Approbation bedungen war, der Anspruch auf die Gegenleistung dadurch bedingt ist, daß die Arbeit, soweit sie ausgeführt war, eine solche Beschaffenheit hatte, daß sie hätte approbirt werden müssen.

19) Für die Unterscheidung dieser Fälle ist namentlich die in der vorigen Note schon citirte L. 51 §. 1. D. locati von Bedeutung. Hier werden zwei Fälle neben einander gestellt; in dem einen dieser Fälle, in welchem der Arbeiter ganz nach der Instruction des Bauherrn zu arbeiten hat, liegt nur eine locatio operarum vor; dagegen wird das Geschäft in dem anderen Fall, in welchem eine Approbation bedungen ist, trotz dem, daß die Gegenleistung nach Arbeitstagen berechnet wird, als eine locatio operis angesehn. Aus der bedungenen Approbation geht hervor, daß der Arbeiter für die Güte der Arbeit im Ganzen haftet, daß also das Resultat der Arbeit den eigentlichen Gegenstand des Contracts bildet; wie es denn auch in L. 51 §. 1. cit. heißt: „universitas consummationis ad conductorem pertinuit.“

gen Dienste konnten nach römischem Recht überhaupt nicht zum Object eines gegenseitigen Contracts gemacht werden. Erst in späterer Zeit wurde es eingeführt, daß hier ein Honorar ausbedungen werden konnte; doch geschah dies in solcher Weise, daß die Obligation (das Mandat) dessenungeachtet als eine einseitige angesehn wurde, indem die Contractsklage nicht zur Geltendmachung der Honorarforderung benutzt werden konnte. Welche Grundsätze nun in solchen Fällen in Ansehung des Honorars galten, wenn die Leistung des Mandatars, welcher das Honorar sich ausbedungen hatte, casuell unmöglich geworden war, wird in den Quellen nicht ausgeführt. Für das heutige Recht dürfte es jedenfalls nicht zu bezweifeln sein, daß die für die **locatio conductio** geltenden Regeln analog zur Anwendung zu bringen sind. Die Entscheidung der Frage, ob der Mandatar im Fall einer theilweisen Ausführung des Mandats einen entsprechenden Theil des Honorars verlangen kann, wird also namentlich davon abhängen, ob die Leistung als eine untheilbare anzusehn ist oder nicht.[20]) Nur dann hat er ungeachtet der casuellen Unmöglichkeit der Leistung ein Recht auf das ganze Honorar, wenn dasselbe nicht für die Ausführung, sondern nur für die Uebernahme des Mandats gegeben oder versprochen ist.[21])

---

§. 32.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Innominatcontracte.

Die Lehre von den sogenannten Innominatcontracten ist in neuerer Zeit vielfach bearbeitet. Eine Uebereinstimmung in den Ansichten über

20) Auf die Erstattung der Auslagen, welche mit der actio mandati contraria geltend gemacht wird, hat diese Unterscheidung keinen Einfluß; s. darüber §. 27. Nur dann gilt selbstverständlich ein Anderes, wenn durch die Vereinbarung über das Honorar jeder besondere Anspruch auf Erstattung von Auslagen und Kosten ausgeschlossen ist.

21) Das Letztere sieht Erxleben, die Condictiones sine causa II. S. 420 ff., als durchstehende Regel an, wenn das Honorar vorausbezahlt ist, und will deshalb im Fall einer casuellen Unmöglichkeit die Zurückforderung des bereits

die Grundsätze, welche im römischen Recht für diese Contracte galten, ist aber dadurch keineswegs erreicht; vielmehr gehen dieselben mehr als jemals aus einander. Eine ins Detail eingehende Prüfung der einzelnen Ansichten liegt außerhalb der Aufgabe dieser Abhandlung; auch können wir uns um so eher kurz fassen, als die meisten Streitfragen für das heutige Recht gar keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung haben.

Da wir die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit nur mit Beziehung auf obligatorische Leistungen betrachten, so haben wir es im Nachfolgenden nur mit denjenigen Fällen einer ob rem datio zu thun, in welchen der Empfänger zu einer obligatorischen Leistung sich verpflichtet hat, auf welche eine actio praescriptis verbis gerichtet werden kann;[1]) und auch von diesen, welche allein als Inno-

---

gezahlten Honorars allgemein ausschließen. An inneren Gründen, welche für eine derartige allgemeine Regel sprechen, fehlt es gänzlich. Insonderheit steht der von Errleben hervorgehobene Umstand, „daß nach römischer Ansicht die Ertheilung eines Honorars rechtlich als Aeußerung einer von dem Geber beabsichtigten Freigebigkeit betrachtet wird," in keinem näheren Zusammenhang mit der Frage, ob das Honorar als eine Remuneration für die Uebernahme oder für die Ausführung des Mandats zu betrachten ist; auch ist eine Folgerung, wie sie bei der donatio sub modo im Allgemeinen als gerechtfertigt erscheint (vgl. §. 32 Note 2 a. E.) — eine Folgerung, deren Richtigkeit Errleben übrigens nur in beschränktem Umfange zugiebt, — hier um deswillen ausgeschlossen, weil es an einem wahren animus donandi fehlt. Eben so wenig können die Entscheidungen über das Advocatenhonorar, welche sich in L. 1 §. 13. D. de extr. cogn., L. 38. §. 1 D. locati und L. 11. C. de cond. ob caus. dat. (S. 360) finden, zu einer allgemeinen Schlußfolgerung berechtigen, weil wir Entscheidungen, welche lediglich auf den unter den römischen Kaisern so sehr bevorzugten Stand der Advocaten sich beziehen, nicht zur Grundlage allgemeiner Regeln machen können. Für das heutige Recht haben diese Entscheidungen, auch sofern sie auf Advocaten sich beziehen, keine Bedeutung, weil die Grundsätze, welche gegenwärtig in Betreff des Advocatenhonorars gelten, durchaus nicht auf das römische Recht sich zurückführen lassen.

1) Dem Obigen zufolge sind also ausgeschlossen die Fälle, in welchen die causa, wegen deren etwas gegeben worden, in einem zufälligen Erfolg besteht; sowie diejenigen Fälle, in welchen die Voraussetzung zwar nicht ohne eine Handlung des Empfängers in Erfüllung gehen kann, diese Handlung aber keine obligatorische Leistung ist, auf welche eine Verpflichtung des Empfängers gerichtet wäre; wie z. B., wenn mit Beziehung auf die demnächstige Eingehung einer Ehe etwas gegeben ist. — In diesen Fällen steht dem Geber nur dann, wenn die

minatcontracte bezeichnet werden können, scheiden wir wieder die Fälle der **donatio sub modo** und des **legatum sub modo** aus, weil hier die auf eine Liberalität gerichtete Absicht des Gebers (Testators) eine wesentlich abweichende Behandlung veranlaßt hat. [2])

Die Vereinbarung, welche den Innominatcontracten zu Grunde liegt, ist nach römischem Recht nicht klagbar, solange nicht von der einen Seite geleistet ist; [3]) ja sie hat als ein **nudum pactum** im Allgemeinen überall keine verbindende Kraft, indem der Regel nach Jeder der Paciscenten durch Verweigerung der Annahme es hindern kann, daß die durch die Vereinbarung bestimmte Verpflichtung in seiner Person entsteht. [4]) Die Unmöglichkeit, welche eintritt, ehe von irgend einer Seite geleistet ist, kann daher nur als eine sogleich vorhandene Unmöglichkeit betrachtet werden.

Die hauptsächliche Wirkung derselben zeigt sich darin, daß jetzt eine wirksame Obligation nicht zu Stande kommen kann. Derjenige

---

Voraussetzung nicht eintritt, dann aber auch allgemein das Recht zu, das Geleistete zurückzufordern.

2) Darin liegt der Grund, daß das jus poenitendi hier nicht gilt; v. Savigny, System IV S. 283. — Was in Ansehung der regelmäßigen Zurückforderung des Gegebenen in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit der Erfüllung des modus gilt, ist bestritten. Meines Erachtens wird die Beantwortung der Frage, ob der Empfänger in diesen Fällen das ihm Gegebene zurückzugeben hat, je nach der Absicht, welche der Auflegung des modus zu Grunde gelegen hat, verschieden ausfallen müssen; vgl. namentlich L. 2 §. 7. L. 3. D. de donat. (39. 5), sowie Erxleben, die Condictiones sine causa II. S. 436 ff. In der Regel dürfte aber die auf eine Liberalität gerichtete Absicht des Schenkers oder des Erblassers als so prävalirend anzusehen sein, daß von diesem Gesichtspunkte aus die condictio causa data causa non secuta in den meisten Fällen einer casuellen Unmöglichkeit wird ausgeschlossen werden müssen.

3) L. 45. D. de pactis (2. 14). L. 1 §. 2. D. de rerum permut. (19. 4). L. 8 i. f. D. de praescriptis verb. (19. 5). L. 28. C. de transact. (2. 4). Vgl. auch Wächter, de cond. c. d. c. n. s. §. 5 und v. Vangerow, Pandekten III §. 599.

4) Dies folgt aus den Grundsätzen über das jus poenitendi. Aus denselben Gründen, aus welchen demjenigen, der bereits geleistet, aber die Gegenleistung noch nicht empfangen hat, ein Zurücktreten von dem Vertrage gestattet ist, muß ein solches Recht für beide Theile angenommen werden, solange noch von keiner Seite geleistet ist. Nur die bereits erfolgte Leistung begründet contractliche Verpflichtungen, indem der Empfänger nunmehr an den Vertrag gebunden ist.

Contrahent, dessen Leistung unmöglich geworden ist, hat kein Mittel, um die Obligation zu einer verbindlichen zu machen, und ein Klagerecht auf die Leistung des Mitcontrahenten für sich zu Wege zu bringen.[5]) Eben so wenig kann der andere Contrahent dadurch, daß er seinerseits leistet, ein Recht auf ein Aequivalent für die unmöglich gewordene Leistung sich erwerben; dagegen hat er, wie in den sonstigen Fällen einer sogleich vorhandenen Unmöglichkeit, das Recht, das Geleistete zurückzufordern, wenn er die Leistung vorgenommen hat, ohne von der Unmöglichkeit der Leistung des Mitcontrahenten eine Kunde zu haben.[6])

Von einer nachfolgenden Unmöglichkeit kann dem Obigen zufolge bei den Innominatcontracten nur dann die Rede sein, wenn von der einen Seite bereits geleistet ist, also immer nur mit Beziehung auf die Leistung des Empfängers.

Hier steht nun so viel fest, daß derjenige, welcher geleistet hat, von dem Mitcontrahenten keine Entschädigung wegen der nicht erfolgten Gegenleistung verlangen kann, wenn diese ohne ein Verschulden des Letzteren unmöglich geworden ist; die **actio praescriptis verbis** kann also, insoweit eine casuelle Unmöglichkeit der Gegenleistung eingetreten

---

5) Die anscheinend widersprechende L. 3 §. 4. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) ist ohne Zweifel auf einen Fall zu beziehen, in welchem zu dem Vertrage eine Stipulation hinzugekommen war; s. v. Savigny, System V. 595 ff., Erxleben a. a. O. S. 427 ff. — Die Leistung des einen Theils besteht hier in der promissio, d. h. in der Uebernahme einer durch die actio ex stipulatu erzwingbaren Verpflichtung, welche dem dare gleichgestellt wird. Die Unmöglichkeit ist also hier als eine nach der Begründung des Innominatcontracts eingetretene, als eine nachfolgende Unmöglichkeit zu betrachten. Eben deshalb kann auch der Empfänger, d. h. der Stipulator, den Betrag dieser Obligation in gleicher Weise in Anspruch nehmen, wie er das ihm Gegebene hätte behalten können. Vgl. die oben citirten Schriftsteller. — A. M. ist in Ansehung der L. 3 §. 4 cit. v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 278, welcher in der Entscheidung dieser Stelle eine Fortbildung des Rechts der Innominatcontracte erblickt. Von einer solchen Fortbildung findet sich aber sonst in den Quellen keine Spur, was nicht wohl zu begreifen wäre, wenn schon Proculus, dessen Ausspruch in der L. 3 §. 4 referirt wird, dieselbe anerkannt hätte.

6) L. 3 §. 5. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). Vgl. auch L. 5. C. eodem (4. 6) und darüber Donellus, comment. XIV. cap. 23, Wächter, de cond. c. d. c. n. s. pag. 39 seq.

ist, nicht angestellt werden. Dies folgt schon aus dem Grundsatz: **casus a nullo praestantur.** Dagegen ist es bestritten, ob nicht die **condictio causa data causa non secuta** auf Zurückforderung des Geleisteten zuzulassen sei. In denjenigen Fällen, in welchen die beschaffte Leistung in einem bloßen Thun besteht, wird häufig schon die Natur der Leistung die Zurückforderung ausschließen; die Fälle, welche vorzugsweise in Betracht kommen, sind daher diejenigen, welche durch die Formeln: **do, ut des** und **do, ut facias** bezeichnet werden.

Die gemeine Meinung ging bisher dahin, daß derjenige, welcher geleistet hat, das Geleistete selbst dann von dem Empfänger zurückverlangen könne, wenn in Ansehung der Gegenleistung eine casuelle Unmöglichkeit eingetreten sei. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht schon früher einzelne Vertheidiger gefunden; dieselbe ist aber erst in der neuesten Zeit, nämlich von Wächter[7]) ausführlich begründet, und demnächst auch von mehreren anderen Schriftstellern angenommen.[8]) Ich trage gleichfalls kein Bedenken, mich dieser Ansicht anzuschließen. Die hauptsächlichsten Stellen, auf welchen dieselbe beruht, sind folgende:

L. 10. C. *de cond. ob c. d.* **(4. 6).** ***Diocl. et Max.***

„**Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data „est, non culpa accipientis, sed** ***fortuito casu*** **non est „secuta,** ***minime repeti posse*** **certum est.**“

L. 5 §. 1. i. f. D. *de praescript. verb.* **(19. 5).** ***Paul.*** **l. 5. Quaest.**

„**— — — Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi „dares,** ***periculo meo Stichus erit:*** **ac tu dumtaxat cul„pam praestare debes.**“

Die erste Stelle ist zwar ein Rescript, und es ist uns unbekannt, in welchem Zusammenhang der allgemeine Ausspruch der **L. 10 cit.** ursprünglich gestanden hat. Die Beschaffenheit der Stelle als Rescript würde aber nur dann eine einschränkende Erklärung rechtfertigen können, wenn aus anderen Entscheidungen in den Quellen hervorginge, daß der Ausspruch nicht in seinem ganzen Umfange richtig sei. Wird

---

7) In seiner Dissertation de cond. c. d. c. n. s. pag. 44—83, und im Archiv für d. civ. Pr. XV. S. 214 ff.

8) S. v. Vangerow, Pandekten III. §. 591; Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung, S. 179 ff.; Fuchs im Archiv f. d. civ. Pr. XXXIV. S. 394 ff.

nun gar der in der L. 10 cit. aufgestellte Grundsatz durch andere Entscheidungen bestätigt, so müssen die Suppositionen, zu denen man gegriffen hat, um dieser Stelle ihre beweisende Kraft zu entziehen, vollends als willkührlich erscheinen. 9) An solchen Entscheidungen fehlt es aber keineswegs.

Besonders wichtig ist in dieser Beziehung die oben abgedruckte L. 5 §. 1. D. de praescr. verb. Man hat diese Stelle freilich so verstanden, als ob dem Geber der scyphi für den Fall, daß dem Empfänger die Leistung des Stichus ohne sein Verschulden unmöglich werden sollte, nur die actio praescriptis verbis auf Entschädigung wegen der nicht erfolgten Leistung des Stichus abgesprochen sei. 10) Die oben (S. 241) angegebene Bedeutung der Worte: periculo alicujus est spricht aber entschieden dafür, daß auch die Zurückforderung des Gegebenen ausgeschlossen ist; diese Erklärung wird überdies durch den Zusammenhang, in welchem die oben abgedruckten Worte der L. 5 §. 1 cit. vorkommen, unterstützt, indem unmittelbar vorher eben von der condictio c. d. c. n. s. die Rede ist. 11)

Die L. 5 §. 1. D. de praescr. verb. bezieht sich auf den Fall eines Tauschvertrages, in welchem die Analogie des Kaufcontracts sehr nahe liegt. Man könnte deshalb geneigt sein, den allgemeiner lautenden Ausspruch der L. 10. C. de cond. ob c. d. auf solche Fälle zu beschränken, welche in einer näheren Verwandtschaft mit dem Kaufcontract stehen. 12) Nach mehreren Entscheidungen in den Quellen werden wir jedoch annehmen müssen, daß die condictio c. d. c. n. s. auch dann nicht zugelassen wurde, wenn die Gegenleistung, in Ansehung deren eine casuelle Unmöglichkeit eintrat, in einem facere bestand.

So wird demjenigen, welcher etwas gegeben hat, damit der Empfänger einen Sclaven manumittire, ausdrücklich das Recht der Zurückforderung abgesprochen, wenn der Sclave gestorben ist, ehe sich

---

9) Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vgl. Glück, Pandekten XIII. S. 44 ff. — Für die Aufrechthaltung der L. 10 cit. in ihrer allgemeinen Bedeutung s. bes. Wächter, de cond. c. d. pag. 75 seq.

10) So z. B. Donellus, comment. XIV. cap. 21; Retes in Meermann, thes. VI. pag. 96; Glück a. a. O. S. 47; Liebe, Stipulation S. 357 ff.

11) Wächter, de cond. c. d. c. n. s. p. 51 seq. und im Archiv f. civ. Pr. XV. S. 215 ff. v. Vangerow, Pandekten III. §. 591.

12) Dies ist auch die Ansicht von Molitor, les Obligations I. §§. 288. 289 und Erxleben a. a. O. S. 417 ff.

der Empfänger in Ansehung der Manumission einer Zögerung schuldig gemacht hat. [13]) Ferner heißt es mit Beziehung auf einen Fall, in welchem derjenige, welcher Geld empfangen hat, damit er für den Geber eine Reise mache, durch Krankheit an der Ausführung der Reise gehindert ist: „**Et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare.**" [14])

Aus diesen Entscheidungen ergiebt es sich, daß der in der **L. 10. C. de cond. ob c. d.** ausgesprochene Grundsatz nicht bloß auf eine einzelne Classe der Innominatcontracte Anwendung leidet. — Auf welchen Gründen die Ausschließung der Condiction beruht, wird in den Quellen nicht gesagt. Am wahrscheinlichsten ist mir jedoch die Ansicht von Windscheid, [15]) daß der zur Frage stehende Grundsatz erst nach der Einführung der **actio praescriptis verbis** zur Geltung gelangt sei, und zwar dadurch, daß man dasjenige, was für die letztere Klage aus der allgemeinen Regel: **casus a nullo praestantur** sich ergab, auf die **condictio c. d. c. n. s.** übertrug, welche bei den Innominatcontracten sonst dieselben Voraussetzungen, wie die **actio praescriptis verbis**, hatte. Jedenfalls ist das Resultat nicht zu bezweifeln, und kann auch durch die **L. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4)**, welche freilich von einer entgegengesetzten Ansicht auszugehen scheint, nicht umgestoßen werden. [16])

---

13) L. 3 §. 3. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). Auf demselben Grunde beruht die Entscheidung in L. 3 §. 4. D. eodem. S. oben Note 5.

14) L. 5 pr. D. eodem. Von dem ferneren Theil der Stelle wird weiter unten noch die Rede sein.

15) A. a. O. S. 178 ff.

16) Der hier in Betracht kommende Theil der L. 16 cit. lautet folgendergestalt: „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares" (Celsus l. 3 Dig.). — Zweierlei ist in dieser Stelle auffallend: zuerst daß Celsus hier nicht einen Kaufcontract, sondern einen Innominatcontract annimmt, sodann die aus der Natur des letzteren hergeleitete Entscheidung. Das Erstere, welches sich ohne Zweifel daraus erklärt, daß die Verpflichtung des einen Contrahenten geradezu auf eine Uebertragung des Eigenthums an dem Stichus, nicht bloß auf ein Tradiren und Präſtation des habere licere, gerichtet war, kommt hier nicht weiter in Betracht. Wichtiger und schwieriger zu erklären ist die schließliche Entscheidung selbst. Um diese mit den vorher angeführten Stellen zu vereinigen, hat man namentlich zwei Wege eingeschlagen. Einige, wie in neuester Zeit Fuchs

Der Grundsatz, daß der Geber das von seiner Seite Geleistete im Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung des Empfängers nicht zurückfordern kann, ist, wie wir gesehen haben, für alle Innominatcontracte anzunehmen; derselbe unterliegt jedoch nach einer andern Richtung hin einer sehr erheblichen Beschränkung, indem er nur für die regelmäßige Zurückforderung gilt. Neben dieser kam aber bei den Innominatcontracten noch eine andere Zurückforderung vor, nämlich die Zurückforderung **propter poenitentiam.** Die allein auf das **jus poenitendi** sich stützende Condiction war, was den Gegenstand betraf, sehr beschränkt, indem der Geber mittelst derselben nur insoweit

---

a. a. O. S. 394 ff., erklären die L. 16 cit. aus dem bei den Innominatcontracten zugelassenen jus poenitendi, von welchem im Text sogleich die Rede sein wird; Andere, wie Wächter, de cond. c. d. c. n. s. §§. 8. 9 und im Archiv XV. S. 217 ff. und ihm folgend v. Vangerow a. a. O. §. 591, beziehen die Entscheidung der L. 16 auf einen Fall, in welchem der von dem Empfänger zu leistende Sclave nach der geschlossenen Vereinbarung, aber vor der von Seiten des anderen Contrahenten erfolgten Leistung gestorben war. Beide Erklärungen beseitigen den Widerspruch, in welchem diese Stelle sonst mit den übrigen Entscheidungen der Quellen steht. Zugleich ergiebt sich, man mag die eine oder die andere Erklärung annehmen, ein wesentlicher praktischer Gegensatz gegen den Kaufcontract; denn einestheils ist bei dem letzteren eine Zurückforderung propter poenitentiam immer ausgeschlossen, anderntheils kann der Käufer, da der Kaufcontract schon durch den Consens perfect wird, auch dann den Kaufpreis nicht zurückfordern, wenn nach der Abschließung des Contracts, aber vor der Zahlung des Kaufpreises in Ansehung der Leistung des Verkäufers eine casuelle Unmöglichkeit eingetreten ist. Die erste Erklärung hat jedoch gegen sich, daß Celsus seine Entscheidung aus der Natur der Obligation als einer obligatio ob rem dati re non secuta herleitet, während eine solche Herleitung bei der Zurückforderung propter poenitentiam sonst nicht vorkommt. Die zweite Erklärung würde daher meines Erachtens vorzuziehen sein; doch läßt sich freilich nicht läugnen, daß wohl eine bestimmtere Andeutung des Zeitpunktes, in welchem der Tod des Sclaven eingetreten ist, hätte erwartet werden können, wenn das entscheidende Gewicht darauf gelegt wäre, daß der Sclave vor der Leistung des Geldes gestorben sei. Vielleicht ist es daher richtiger, mit Windscheid, a. a. O. S. 181, anzunehmen, daß die Entscheidung der L. 16 cit. noch ein Nachklang des vor der Ausbildung der actio praescriptis verbis allgemein geltenden Rechts sei; wiewohl auch diese Annahme dadurch zweifelhaft wird, daß nach L. 3 §. 3. D. eodem schon Proculus die Condiction im Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Gegenleistung ausschloß. — Jedenfalls steht so viel fest, daß die völlig isolirt dastehende L. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. nicht genügen kann, um das aus den übrigen Entscheidungen gewonnene Resultat zu entkräften.

das Gegebene zurückfordern konnte, als es das Interesse überstieg, welches der Empfänger daran hatte, daß dann überhaupt von dem Vertrage nicht die Rede gewesen wäre. Dagegen erforderte sie zu ihrer **Begründung** nichts weiter, als daß etwas gegeben sei, um dafür eine Gegenleistung zu erlangen, und daß diese Gegenleistung noch nicht prästirt sei; weshalb die Prästation der Gegenleistung bisher unterblieben war, kam nicht in Betracht. Die **condictio propter poenitentiam** wurde daher auch durch eine casuelle Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht ausgeschlossen; vielmehr wird ihre Zulässigkeit nicht nur für Fälle einer zeitweiligen, [17] sondern auch für den Fall einer völligen Unmöglichkeit der Gegenleistung ausdrücklich anerkannt. [18]

---

17) L. 5 pr. §. 3. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4).

18) L. 5 §. 4. D. eodem. In dieser Stelle wird demjenigen, welcher Geld gegeben hat, damit der Empfänger einen Sclaven manumittire, die Condiction eingeräumt, auch wenn eine casuelle Unmöglichkeit der Manumission durch den Tod des Sclaven eingetreten ist. Diese Condiction ist aber nicht diejenige, durch welche die regelmäßige Zurückforderung geltend gemacht wird, sondern die condictio propter poenitentiam; sie ist deshalb ausgeschlossen, wenn das Interesse, welches der Empfänger daran hatte, daß der Vertrag gar nicht zu Stande gekommen wäre, dem Gegebenen gleichkommt, wie z. B. wenn die von dem Empfänger übernommene Verpflichtung die Veranlassung zu dem Tode des Sclaven gegeben hat, oder wenn er den Sclaven, falls er die Verpflichtung nicht übernommen hätte, verkauft und dadurch den durch den Tod des Sclaven eingetretenen Nachtheil von sich abgewendet haben würde. — Eine andere Ansicht über die L. 5 §. 4 cit. haben Molitor, les Obligations §. 289, dessen Bemerkungen über den §. 3 der L. 5 sich gleichfalls auf den §. 4 beziehen, und Errleben a. a. O. S. 369 ff. Der Erstere, dessen Ansicht oben (Note 12) im Allgemeinen erwähnt ist, findet den Grund, weshalb die Zurückforderung ausgeschlossen sei, wenn der Empfänger die Absicht gehabt habe, den Sclaven zu verkaufen, und weshalb sie zugelassen sei, wenn er diese Absicht nicht gehabt habe, darin, daß in dem ersten Fall die Analogie des Kaufcontracts, in dem zweiten die Analogie des Mandats Platz greife. Wäre diese Interpretation richtig, so könnte es nur darauf ankommen, ob der Empfänger die Absicht gehabt habe, zu verkaufen („distracturus erat"); dies ist aber nicht genug, vielmehr wird in L. 5 §. 3 ausdrücklich hinzugefügt: „et propter hoc non distraxit, quod acceperat, ut manumittat." Wenn also andere Hindernisse dem Verkauf entgegenstanden, so daß der Empfänger ungeachtet seiner Absicht, zu verkaufen, doch nicht zu einem Verkauf des Sclaven gelangt wäre, so findet eine Zurückforderung des Gegebenen Statt. Nur die Seltenheit solcher Fälle und das Bestreben, Wiederholungen zu vermeiden, werden es veranlaßt haben, daß Ulpian in dem §. 4 die letztere Beschränkung nicht von Neuem hervorgehoben hat. Zudem ist die Zurückforderung auch dann ausgeschlossen, wenn der Empfänger den Sclaven nicht verkaufen wollte, wenn

Eben hieraus aber dürfte es sich zugleich ergeben, daß der Grundsatz, demzufolge bei den Innominatcontracten die regelmäßige Zurückforderung des Geleisteten durch die casuelle Unmöglichkeit der Gegenleistung ausgeschlossen wird, nicht, wie bei dem Kaufcontract, aus einer Fiction der Erfüllung hergeleitet werden kann. [19])

Wir gelangen jetzt zu der wichtigen Frage, ob und inwieweit das so eben dargestellte Recht noch gegenwärtig auf praktische Geltung Anspruch hat.

---

er aber, falls das Geschäft nicht abgeschlossen wäre, den Werth des Sclaven, welchem im Zweifel das erhaltene Geld entspricht, nicht eingebüßt haben würde. Es geht hieraus hinreichend klar hervor, daß nicht der von Molitor hervorgehobene, sondern der von uns im Obigen geltend gemachte Gesichtspunkt der Entscheidung der L. 5 §§. 3. 4 zu Grunde liegt; völlig unzweifelhaft ist dies, wenn man den Zusammenhang der L. 5 im Ganzen ins Auge faßt. — Errleben ist der Meinung, daß nach Eintritt einer casuellen völligen Unmöglichkeit von einem jus poenitendi nie mehr die Rede sein könne, und findet demgemäß auch in der L. 5 §. 4 keine condictio propter poenitentiam anerkannt. Er beruft sich darauf, daß in unserer Stelle sich keine Andeutung davon finde, „als ob in Folge der zufällig eingetretenen Verhinderung der Manumission die Rückforderung des in Beziehung auf sie Gegebenen eigentlich hätte wegfallen müssen." Der Zusammenhang der §§. 3. 4 unserer Stelle mit den vorhergehenden §§. derselben zeigt aber deutlich, daß Ulpian nur von der condictio propter poenitentiam spricht. Eben deshalb bedurfte es keiner ausdrücklichen Bemerkung, daß die regelmäßige Zurückforderung ausgeschlossen sei. Daß aber Ulpian auch in dem hier zur Frage stehenden Fall dieselbe ausschließt, geht aus einer anderen Stelle, der L. 3 §. 3. 4. D. eodem klar hervor. Wie die letztere Stelle aus der L. 5 §. 4 zu ergänzen ist (vergl. v. Savigny, System V. S. 594 ff. Note g und i), so ist umgekehrt die L. 5 §. 4 durch die L. 3 cit. zu ergänzen.

19) Die den obigen Bemerkungen zu Grunde liegende Ansicht über das jus poenitendi, welche vorzugsweise auf L. 3 §§. 2. 3. L. 5. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) sich stützt, wurde früher allgemein angenommen, und zählt auch noch unter den neueren Schriftstellern die namhaftesten Vertreter; vergl. namentlich v. Savigny, System IV. S. 225. 283, Göschen, Vorlesungen II. 2. §. 489, v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 260 ff., Puchta, Pandekten §. 308 Note c, v. Vangerow, Pandekten III. §. 599, Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung S. 180 ff., Arndts, Pandekten §. 235. — In neuester Zeit ist jedoch diese Ansicht mehrfach bestritten, zuerst von Gans, über römisches Obligationenrecht (in der Abhandlung über die

Daraus, daß im heutigen Recht die Klagbarkeit der Verträge allgemein angenommen ist, ergiebt sich für die Innominatcontracte die

---

fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten und dem jus poenitendi), zuletzt von Erxleben, a. a. O. §§. 7, 13 und 16, welcher die Ausübung des jus poenitendi als eine willkührliche Verhinderung des Eintritts des von dem Geber als Zweck der Leistung angegebenen Erfolges betrachtet, und eine Rückforderung propter poenitentiam nur dann zuläßt, wenn eine darauf gerichtete Absicht entweder ausdrücklich von dem Geber erklärt ist, oder doch aus der besonderen Natur und Richtung des Geschäfts selbst unmittelbar erkannt werden kann. — Wie ich glaube, dürfte das uns vorliegende Quellenmaterial kaum genügend sein, um mit völliger Sicherheit zu entscheiden, ob das jus poenitendi allgemein bei den Innominatcontracten gegolten habe; die überwiegenden Gründe scheinen mir aber noch immer für die allgemeine Geltung dieses Rechts zu sprechen. Daraus, daß das jus poenitendi nicht bei allen einzelnen Arten der Innominatcontracte erwähnt wird, läßt sich kein Schluß auf eine beschränkte Zulassung desselben herleiten. Nur dann, wenn die Geschäfte, bei welchen dieses Recht erwähnt wird, sämmtlich eine nähere Verwandtschaft mit dem Mandat hätten, würde ein solcher Schluß gerechtfertigt werden können; es würde dann allerdings die Annahme nahe liegen, daß die Zulassung des jus poenitendi, wie Erxleben es meint, nur eine Uebertragung des dem Mandanten zustehenden Rechts, das Mandat zu widerrufen, auf diejenigen Innominatcontracte sei, welche dem Mandat verwandt sind. Eine nähere Verwandtschaft mit dem Mandat findet sich aber nur in den Fällen, welche in L. 5 pr. §§. 1. 2. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) behandelt werden, nicht in dem Fall, auf welchen L. 3 §. 3 und L. 5 §§. 3. 4. D. eodem sich beziehen. Erxleben a. a. O. S. 376 ff. meint zwar, derjenige, welcher für die demnächstige Manumission eines Sclaven sich etwas geben lasse, beabsichtige durch das Eingehen auf die Wünsche des Gebers zunächst nur, diesem eine Gefälligkeit zu erzeigen, und suche durch das hierfür Dargebotene bloß Ersatz des Werthes, welchen er dadurch im Interesse des Andern opfere. Mit völlig demselben Recht kann man dann aber auch von dem Verkäufer sagen, daß er nur Ersatz für das von ihm im Interesse des Käufers Geopferte verlange; denn in der That wird in dem hier zur Frage stehenden Fall das Gegebene für den Empfänger eben so sehr die Natur einer Gegenleistung haben, wie der Kaufpreis für den Verkäufer. Völlig klar ist dies für den Fall, wenn der Empfänger sonst den Sclaven hätte verkaufen wollen. Sofern dies nicht seine Absicht war, kann allerdings eine bloße Gefälligkeit den Empfänger bestimmt haben, auf die Wünsche des Gebers einzugehen; eine derartige Gefälligkeit ist aber auch beim Kaufcontract nicht ausgeschlossen; zudem wird in diesem Fall die Gegenleistung nicht selten neben dem Ersatz für den Werth des Geopferten noch eine Vergütung für die bewiesene Gefälligkeit enthalten. Die Analogie des Mandats liegt hier also in der That sehr fern. Während bei dem Mandat in der Regel nur der Mandant, nicht aber der Mandatar ein Interesse an der Erfüllung der Obligation hat, ist es hier

wichtige Folgerung, daß dieselben zu ihrer Begründung nicht mehr einer von der einen Seite erfolgten Leistung bedürfen, sondern, wie der Kaufcontract, durch den Consens die Klagbarkeit gewinnen. Damit fällt aber ein erheblicher Theil der Bestimmungen hinweg, welche das römische Recht über die Innominatcontracte aufstellt. Was namentlich unsere Lehre betrifft, so folgt daraus, daß die Innominatcontracte gegenwärtig als Consensualcontracte zu betrachten sind, zunächst, daß das jus poenitendi gegenwärtig wegfallen muß, und sodann, daß die casuelle Unmöglichkeit, welche eintritt, ehe von irgend einer Seite geleistet ist, heutzutage im Allgemeinen dieselben Wirkungen äußern muß, wie diejenige casuelle Unmöglichkeit, welche nach erfolgter Leistung des einen Theils in Ansehung der Leistung des Empfängers eintritt.

Man könnte nun in folgender Weise argumentiren: dadurch, daß die Innominatcontracte jetzt Consensualcontracte geworden, seien die Eigenthümlichkeiten derselben, welche sich daraus erklärten, daß im römischen Rechte das nudum pactum nicht als bindend anerkannt sei, hinweggefallen; im Uebrigen aber kämen auch jetzt noch die Bestimmungen des römischen Rechts über die Innominatcontracte zur Anwendung. — Wendet man dies auf unsere Lehre an, so muß man, da das jus poenitendi für das heutige Recht nicht mehr gilt, annehmen, daß gegenwärtig in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung des Empfängers das bereits Gegebene unter keinen Umständen zurückgefordert werden kann. Man kann aber dann hierbei nicht stehen bleiben, sondern muß, auch wenn die casuelle Unmöglichkeit eingetreten ist, ehe von irgend einer Seite erfüllt ist, dem Contrahenten, dessen Leistung unmöglich geworden ist, eine Klage auf die Gegenleistung einräumen, weil der Einfluß, welcher dem Zeitpunkt des Eintretens der Unmöglichkeit bei den Innominatcontracten beigelegt wurde, heutzutage wegfällt.

In der That ist auch von Manchen in dieser Weise argumentirt

---

gerade umgekehrt; und es ist in der That nicht abzusehen, weshalb das Interesse des Empfängers nicht ebensowohl ein rechtlich begründetes sein sollte, wie das Interesse des Verkäufers. — Die Ansicht von Erxleben wird also durch die in den Quellen angeführten Beispiele nicht unterstützt; außerdem aber spricht gegen diese Ansicht, daß die Zurückforderung propter poenitentiam sowohl ihrem Grunde, als ihrem Gegenstande nach von der s. g. condictio ob causae defectum ausdrücklich unterschieden, und selbst nach dem Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit zugelassen wird (Note 18). — Vergl. im Uebrigen gegen die Ansichten der Gegner des jus poenitendi v. Vangerow, Pandekten III. §. 599.

worden.[20]) Meiner Ueberzeugung nach wird aber diese Argumentation nicht als richtig angesehen werden können.

Durch die Annahme des Grundsatzes, daß die Verträge als solche schon klagbar sind, ist in der That das ganze Institut der s. g. Innominatcontracte aufgehoben. Denn das Wesen der Innominatcontracte, aus welchem die für dieselben geltenden Regeln abgeleitet werden, besteht eben darin, daß nur demjenigen, welcher bereits erfüllt hat, ein contractliches Recht zusteht, — während derjenige, welcher nicht erfüllt hat, von der Geltendmachung contractlicher Rechte ausgeschlossen ist, weil der Vertrag als solcher kein Recht begründet. Ist aber das Institut der Innominatcontracte hinweggefallen, und sind an die Stelle derselben Contracte getreten, welche ihrer rechtlichen Natur nach durchaus verschieden sind, so versteht es sich von selbst, daß es nicht ohne weiteres gerechtfertigt ist, einzelne Bestimmungen des römischen Rechts über die Innominatcontracte auf diese neuen Contracte anzuwenden, während man die meisten und hauptsächlichsten für unanwendbar erklären muß. Die Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf die Innominatcontracte beziehen, haben — eben so, wie die Entscheidungen, welche sich auf die Stipulation beziehen — nur insofern eine praktische Bedeutung für uns, als sie Anwendungen allgemeinerer Grundsätze enthalten.

Letzteres wird nun auch in Ansehung der Bestimmung, daß die regelmäßige Zurückforderung des Gegebenen bei den Innominatcontracten durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Gegenleistung ausgeschlossen wird, von denjenigen behauptet, welche diese Bestimmung in der angegebenen Weise für das heutige Recht benutzen. In den Quellen kommt aber keine Andeutung davon vor, daß die Ausschließung der regelmäßigen Zurückforderung auf einer Gleichstellung der casuellen Unmöglichkeit mit der Erfüllung beruhe; die auch noch nach dem Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit zugelassene Ausübung des **jus poenitendi** spricht vielmehr, wie oben bereits bemerkt ist, gegen eine solche Annahme. Ferner haben wir in den früheren §§. ausgeführt, daß eine allgemeine Regel, derzufolge die ca=

---

20) So namentlich von Fuchs a. a. O. S. 396 ff. In ähnlicher Weise verfährt Wächter im Archiv XV. S. 218 ff., freilich nur mit Beziehung auf diejenigen Innominatcontracte, welche durch die Formel: do, ut des bezeichnet werden.

suelle Unmöglichkeit der Leistung in ihren Wirkungen der Erfüllung gleichgestellt sei, im römischen Recht nicht enthalten ist.

Somit fehlt es an der Grundbedingung für die fortdauernde Anwendbarkeit der zur Frage stehenden Bestimmung. Der Umstand aber, daß diese Bestimmung sich nicht unmittelbar aus der eigenthümlichen Natur der Innominatcontracte herleiten läßt, kann nicht genügen, um die heutige Gültigkeit derselben zu begründen. Der erwähnte Umstand würde nur dann einen solchen Schluß rechtfertigen, wenn zugleich nachgewiesen werden könnte, daß die Bestimmung, um welche es sich handelt, nicht mit anderen, aus der eigenthümlichen Natur der Innominatcontracte sich ergebenden Bestimmungen in einem solchen Zusammenhange gestanden hat, daß sie das Vorhandensein dieser letzteren zu ihrer Voraussetzung hatte.

Läge es vor, daß die Ausschließung der regelmäßigen Zurückforderung durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Gegenleistung auf einem allgemeineren Grundsatze beruhe, so würde damit zugleich der Nachweis geliefert sein, daß ein Zusammenhang der eben gedachten Art nicht stattgefunden habe. Sowie aber das Erstere sich nicht darthun läßt, so wird auch das Letztere nicht nachgewiesen werden können. Im Gegentheil liegen gewichtige Gründe vor, alle Bestimmungen, welche sich auf die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit bei den Innominatcontracten beziehen, als ein in sich zusammenhängendes Ganzes aufzufassen. Nur dann, wenn wir dieses thun, können wir begreifen, daß nicht, ebenso wie bei den Consensualcontracten, auch bei den Innominatcontracten die verschiedene Natur der Leistungen verschiedene Bestimmungen über die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit hervorgerufen hat.

Um dies zu veranschaulichen, wollen wir in der Kürze den Fall betrachten, in welchem die Leistung des einen Contrahenten in der Ausführung eines opus besteht. Wenn hier ein Innominatcontract und nicht ein Kauf oder eine locatio operis angenommen wurde, so hatte dies seinen Grund allein in der Beschaffenheit der Gegenleistung, entweder darin, daß diese nicht in Geld bestand, oder daß nicht eine bestimmte Summe als Gegenleistung festgesetzt war. Trat hier, wie das in dem letzteren Fall die Regel sein mußte, die casuelle Unmöglichkeit ein, ehe der andere Contrahent erfüllt hatte, so gelangte der Contract gar nicht zur Entstehung, so daß auch von einer Verpflichtung, die Gegenleistung zu präſtiren, nicht die Rede sein konnte; das praktische Resultat war also in diesem Fall ganz dasselbe, wie

wenn eine bestimmte Geldsumme als Gegenleistung bedungen, und solchergestalt ein Kaufcontract (über eine **res futura**) oder eine **locatio operis** abgeschlossen wäre. Hatte dagegen derjenige, dem das **opus** geliefert werden sollte, vor dem Eintreten der casuellen Unmöglichkeit bereits erfüllt, so würde allerdings ein wesentlich verschiedenes Resultat sich ergeben haben, wenn außer der **actio praescriptis verbis** auch die Klage auf Zurückforderung des Geleisteten gänzlich ausgeschlossen wäre; hier aber griff das **jus poenitendi** ein, durch dessen Ausübung eine unbillige und der Natur der Leistung geradezu widersprechende Behandlung der casuellen Unmöglichkeit abgewendet wurde. — Dieses eine Beispiel mag genügen, um zu zeigen, wie bedenklich es ist, den Satz, daß die regelmäßige Zurückforderung bei den Innominatcontracten durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit der Gegenleistung ausgeschlossen wird, aus dem Zusammenhange herauszunehmen, in welchem derselbe sich als Theil der auf das römischrechtliche Institut der Innominatcontracte sich beziehenden Bestimmungen befindet.

Aus diesen Ausführungen dürfte es sich ergeben, daß wir uns bei der Beantwortung der Frage, welche Grundsätze für die an die Stelle der Innominatcontracte getretenen Consensualcontracte gelten, nicht an die Grundsätze des römischen Rechts über die Innominatcontracte, sondern an die Regeln zu halten haben, welche für die im römischen Recht bereits anerkannten Consensualcontracte gelten. Wie mir scheint, liegt es auch weit näher, die letzteren Grundsätze zur Anwendung zu bringen, als die ersteren, deren Unanwendbarkeit überdies zu einem großen Theile völlig außer Frage steht. In der That kann die analoge Anwendung der für den Kauf und die Miethe geltenden Bestimmungen durchaus keinem Bedenken unterliegen; da diese Bestimmungen nicht das Erzeugniß eines willkührlichen Eingreifens der Gesetzgebung sind, so haben wir allen Grund, anzunehmen, daß die römischen Juristen selbst, wenn die Innominatcontracte schon damals als Consensualcontracte anerkannt gewesen wären, die casuelle Unmöglichkeit bei denselben in gleicher Weise, wie bei den im römischen Recht bereits anerkannten Consensualcontracten, behandelt hätten. Jedenfalls steht so viel außer Frage, daß die Behandlung eine ganz andere gewesen wäre, als wir sie jetzt bei den Innominatcontracten finden.

Das Resultat, zu welchem wir gelangt sind, ist also folgendes. Wir müssen in jedem einzelnen Fall eines unbenannten Contracts die Natur der Leistung und der Obligation untersuchen, und haben danach unter analoger Benutzung der Grundsätze über den Kaufcontract und die Miethe zu bestimmen, welcher Einfluß der casuellen Unmöglichkeit einer Leistung auf die Verpflichtung zur Gegenleistung beizulegen ist.[21]) Wie nach diesen Grundsätzen die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit bei den hier zur Frage stehenden Verträgen sich gestalten, wollen wir an einigen der wichtigeren Fälle zeigen.

Zunächst betrachten wir den Tauschvertrag. Dieser hat eine unverkennbare Aehnlichkeit mit dem Kaufcontract, und wie schon die römischen Juristen manche der für den Kauf geltenden Regeln auf den Tauschvertrag ausgedehnt haben, so können wir auch kein Bedenken tragen, die Grundsätze, welche in Ansehung der casuellen Unmöglichkeit für den Kaufcontract anerkannt sind, auch bei dem Tausch zur Anwendung zu bringen. Der casuellen Unmöglichkeit sind also hier im Allgemeinen dieselben Wirkungen, wie der Erfüllung beizulegen. Die Ausnahmen von dieser Regel, welche bei dem Kaufcontract vorkommen, müssen aber auch für den Tausch anerkannt werden; insonderheit kommt also die Regel nicht zur Anwendung, wenn der Tauschvertrag unter einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Bedingung abgeschlossen, und die casuelle Unmöglichkeit vor der Erfüllung der Bedingung eingetreten ist. Die für den letzteren Fall geltenden Grundsätze ergeben sich aus demjenigen, was oben (§. 28) über den imperfecten Kaufcontract bemerkt ist. Doch ist bei dem Tausch die Sache insofern complicirter, als hier nicht, wie bei dem Kauf, bloß in Ansehung Einer Leistung, sondern in Ansehung beider Leistungen eine Unmöglichkeit eintreten kann. Ist nun von der einen Seite eine Sache versprochen, welche sogleich geleistet werden kann, von der anderen Seite eine res futura, so macht die Anwendung der Grundsätze über den Kaufcontract keine Schwierigkeit, wenn die letztere Sache nicht zur Entstehung kommt; es entsteht dann kein Tauschvertrag, sowie in diesem Fall auch kein Kaufcontract entstanden wäre. Wie aber, wenn

21) Demnach komme ich, was das heutige Recht betrifft, zu demselben Resultat, welches Molitor und Erxleben schon für das römische Recht annehmen; s. oben Note 12. Die einzelnen zur Anwendung zu bringenden Grundsätze selbst werden freilich von Molitor zum Theil anders bestimmt, da seine Ansicht über die benannten Contracte in mehrfacher Beziehung von der in dieser Abhandlung aufgestellten abweicht.

die als Gegenleistung für die **res futura** versprochene Sache vor Entstehung derselben untergeht? Kann hier die **res futura,** vorausgesetzt, daß sie nachher zur Existenz gelangt, gefordert werden? Meines Erachtens wird man auch in diesem Fall annehmen müssen, daß die Entstehung eines Tauschvertrages gehindert ist. Der Vertrag über eine **res futura** ist zwar zunächst nur bedingt durch die Entstehung dieser Sache; damit aber die Erfüllung der Bedingung die Wirkung haben könne, daß der Vertrag entstehe, müssen zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die sonstigen nothwendigen Voraussetzungen des Vertrages vorhanden sein, und dazu gehört, daß auch diejenige Sache existirt, welche das Object der Gegenleistung für die **res futura** bildet.

Ist der Vertrag auf die Leistung von **operae** oder auf die Benutzung einer Sache gerichtet, so werden die Grundsätze, welche für die Sachenmiethe und die **locatio operarum** gelten, analog zur Anwendung kommen müssen. Hat z. B. **A** dem **B** die Benutzung eines Hauses für ein Jahr versprochen, und sich dafür eine individuell bestimmte Sache ausbedungen, so wird er, wenn das Haus nach einem halben Jahre abbrennt, nur auf die intellectuelle Hälfte der bedungenen Sache Anspruch machen können. — Die für die Sachenmiethe geltenden Grundsätze reichen jedoch nicht aus, wenn es sich darum handelt, welche Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit der für die Benutzung des Hauses bedungenen Leistung beizulegen sind. Unzweifelhaft ist es hier, daß **A** jedenfalls den Schaden zu tragen hat, wenn die casuelle Unmöglichkeit nach der erfolgten Benutzung des Hauses eintritt; der Umstand, daß die Sache nicht gleich mit dem Ablauf der Benutzungszeit geliefert ist, kann den oben (§. 29) ausgeführten Regeln zufolge keinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage äußern, welcher der Contrahenten den durch die casuelle Unmöglichkeit herbeigeführten Schaden zu tragen hat. Zweifelhaft ist es dagegen, ob **A** verpflichtet ist, die von ihm versprochene Benutzung des Hauses zu prästiren, wenn die von **B** zu leistende Sache vor dem Beginn der Benutzung oder im Laufe der Benutzungszeit casuell zu Grunde gegangen ist. — Der Umstand, daß **B** im Zweifel nicht verpflichtet war, vor Ablauf der Benutzungszeit zu leisten, wird meines Erachtens nicht entscheidend sein können, — eben so wenig, wie beim Kaufcontract die Hinzufügung eines dies Einfluß auf die Beantwortung der Frage hat, ob im Fall einer casuellen Unmöglichkeit die Gegenleistung verlangt werden kann (§. 29 Note 18). Da die Natur der von **B** zu beschaffenden Leistung einer sofortigen und momentanen Erfüllung nicht entgegensteht,

so wird die Entscheidung von der Natur der Verpflichtung, welche dem A obliegt, abhängen müssen. Könnte man nun diese Verpflichtung so auffassen, als ob sie in Ansehung jedes einzelnen Zeitabschnitts an die Bedingung geknüpft wäre, daß die zur Benutzung zu gewährende Sache zu dieser Zeit noch existire, so würde die Entscheidung hier ebenso, wie bei dem mit Beziehung auf eine res futura abgeschlossenen Tauschvertrag, ausfallen müssen. Eine derartige Auffassung, welche dahin führen würde, jede Sachenmiethe als ein imperfectes Geschäft zu betrachten, entspricht aber nicht den Grundsätzen des römischen Rechts, und so wird denn wohl kaum etwas Anderes übrig bleiben, als in dem zur Frage stehenden Fall eine Fiction der Erfüllung anzunehmen, da weder in der Natur des Geschäfts, noch in der Natur der dem B obliegenden Leistung ein Grund liegt, weshalb letztere nicht sogleich mit Abschluß des Vertrages hätte erfolgen können. [22]

Schließlich ist noch mit wenigen Worten der Fälle zu gedenken, in welchen ein opus verbungen ist. Die meisten Verträge, welche mit Handwerkern abgeschlossen werden, gehören hierher. Insofern eine bestimmte Geldsumme als Gegenleistung bedungen ist, wird der Vertrag, je nachdem der Besteller oder der Arbeiter das Material zu liefern hat, als eine locatio operis oder als ein Kaufcontract angesehn. In den überaus häufig vorkommenden Fällen, in welchen über den Preis keine bestimmte Verabredung getroffen ist, war das Geschäft nach römischem Recht ein Innominatcontract. [23] Was das heutige Recht betrifft, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch in den letzten Fällen die für die locatio operis und den Kaufcontract über eine noch anzufertigende Sache geltenden Regeln zur Anwendung zu bringen sind. Der Arbeiter trägt also, wenn er selbst das Material

---

22) Daß die Natur des Geschäfts einer sofortigen Leistung nicht entgegensteht, dürfte namentlich daraus hervorgehn, daß in dem zur Frage stehenden Fall die sofort beschaffte Leistung nicht als Leistung eines indebitum betrachtet werden kann, während bei bedingten Obligationen die vor Erfüllung der Bedingung beschaffte Leistung in dieser Weise aufgefaßt wird; L. 16 pr. L. 18. D. de cond. indeb. (12. 6). — Der Grund, weshalb der im Text hervorgehobene Unterschied zwischen der Miethe und dem imperfecten Kauf in den Fällen einer wahren Miethe keinen Einfluß äußert, liegt allein darin, daß hier die Gegenleistung in Geld besteht, das Eintreten einer Unmöglichkeit in Ansehung der Gegenleistung also ausgeschlossen ist.

23) §§. 1. 4. I. de locat. (3. 24). L. 20. D. de contr. empt. (18. 1). L. 2 §. 1. D. locati (19. 2). L. 22. D. de praescr. verb. (19. 5).

zu liefern hat, und dieses nur der Gattung nach bestimmt ist, regelmäßig bis zur Ablieferung der Sache die Gefahr. Hat dagegen der Besteller das Material geliefert, oder sind die vom Arbeiter herzugebenden Materialien individuell bestimmt, so kann er die Gegenleistung in Anspruch nehmen, wenn die casuelle Unmöglichkeit erst nach der contractmäßig erfolgten Beendigung des opus, sei es auch vor der Ablieferung desselben, eingetreten ist; er hat aber regelmäßig keinen Anspruch auf irgend einen Theil der Gegenleistung, wenn die Vollendung des opus durch das Eintreten des casuellen Ereignisses unmöglich gemacht ist. In Ansehung der näheren Ausführung dieser Regeln genügt eine Verweisung auf den §. 31, indem alles dasjenige, was dort bemerkt ist, auch für die hier zur Frage stehenden Verträge gilt.

§. 33.

Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit. — Gegenseitige Obligationen. — Societät.

Die Societät ist deshalb von uns an den Schluß gestellt, weil sie nur eine geringe Verwandtschaft mit den übrigen gegenseitigen Obligationen hat. — Wir können hier auf die vielen verschiedenen Arten der Societät nicht näher eingehen, sondern müssen uns darauf beschränken, die leitenden Grundsätze im Allgemeinen anzugeben.

Die Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung befreit, daß also in solchem Fall keine Entschädigung verlangt werden kann, wird auch für die socii in ihrem Verhältniß zu einander anerkannt. [1]) Diese Regel gilt für alle Verpflichtungen, deren Erfüllung durch die actio pro socio verlangt werden kann, sei es, daß sie die Leistung der bedungenen Beiträge zu ihrem Gegenstande haben, oder durch die Führung von Geschäften für die Societät begründet sind.

1) L. 52 §. 3. D. pro socio (17. 2): „Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia socii non cogentur praestare.“ Ueber die Bezeichnung der damna fatalia als solcher, quae imprudentibus accidunt, s. Glück, Pandekten IV. S. 323 Note 8.

Betrachten wird zunächst den letzten Fall, so macht dieser durchaus keine Schwierigkeit. Der socius, welcher der Societät aus einem für dieselbe abgeschlossenen Geschäft etwas schuldig ist, wird, wie jeder negotiorum gestor, durch die casuelle Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verpflichtung befreit. Auf die Gewinnsquote, welche dem socius nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Contracts oder nach Maßgabe der geleisteten Beiträge zukommt, kann eine derartige casuelle Unmöglichkeit keinen Einfluß haben. Kam dem socius, welcher wegen casueller Unmöglichkeit die der Societät geschuldete Leistung nicht beschaffen kann, nach den Bestimmungen des Contracts ein Drittel des Gewinns zu, so kann er dieses Drittel auch jetzt fordern; doch wird allerdings, da der Schaden von allen socii gemeinschaftlich getragen werden muß, der Gewinn überhaupt und somit auch der Betrag des Drittels vermindert werden. [2])

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, wie es zu verhalten ist, wenn der Casus sich auf die nach dem Societätsvertrage zu leistenden oder geleisteten Beiträge bezieht. Hier allein kann die eigenthümliche Natur der Societät ihre Einwirkung zeigen.

Daß der socius, dem die Leistung seines Beitrages ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, keine Entschädigung zu leisten hat, ergiebt sich aus der allgemeinen Regel. Dagegen fragt es sich, ob er nun die Vortheile der Societät für sich nach dem Theile in Anspruch nehmen kann, der ihm zugekommen wäre, wenn er geleistet hätte.

Insofern die Societät nur auf gemeinschaftliche Benutzung geht, ist es klar, daß nicht die augenblickliche Leistung, sondern die dauernde Gewährung zum Benutzen Gegenstand des Vertrages ist; es würde hier also die Analogie der Sachenmiethe jedenfalls näher liegen, als die des Kaufcontracts. Auch wird es in den Quellen, wie wir unten sehen werden, für diesen Fall ausdrücklich anerkannt, daß derjenige, dessen Beitrag vom Casus betroffen wird, selbst dann

---

2) Die Verpflichtungen des socius aus Geschäften, welche er mit der Societät abgeschlossen hat, gehören nicht hierher. In Ansehung dieser gilt, wie sich von selbst versteht, durchaus dasselbe, wie wenn ein Dritter ein Geschäft mit der Societät abgeschlossen hat. An einem Einfluß der casuellen Unmöglichkeit auf die Bestimmung der Quote, welche dem socius als solchem zukommt, kann hier natürlich gar nicht gedacht werden.

einseitig den Schaden zu tragen hat, wenn er den Beitrag bereits conferirt hat. — Dasselbe gilt, wenn der eine **socius operae** zu leisten hat, und die Leistung dieser ihm unmöglich wird; auch hier wird er keinen Anspruch auf die bedungene Gewinnsquote erheben können. Tritt jedoch nur eine zeitweilige casuelle Unterbrechung in der Leistung der **operae** ein, so wird freilich nicht sogleich eine Minderung der Quote gerechtfertigt sein; es ist vielmehr immer auf den Willen der Contrahenten zu sehen, und da ist denn freilich im Allgemeinen anzunehmen, daß dieselben bereits bei der Feststellung der Quote auf solche Unterbrechungen, wie sie während einer längeren Zeit fast nie ausbleiben, Rücksicht genommen haben (Vgl. auch §. 30 Note 12).

Zweifelhaft ist besonders der Fall, wenn die Beiträge, mit welchen der gemeinschaftliche Zweck erreicht werden soll, dem Societätsvertrage zufolge dazu bestimmt sind, ein gemeinschaftliches Vermögen der **socii** zu bilden. Hier vorzugsweise kann es sich fragen, ob nicht sogleich mit der Abschließung des Contracts ein gemeinschaftliches Tragen der Gefahr eintritt, so daß, wenn dem einen **socius** die Beitragsleistung casuell unmöglich wird, derselbe doch die nach dem Vertrage ihm zukommende Quote der übrigen Beiträge in Anspruch nehmen kann.

Man könnte dies Geschäft so ansehn, als ob hier ein Tausch mit dem Societätsvertrage verbunden sei, so daß, wenn die Erreichung des Societätszwecks auch durch die, in Betreff einer einzelnen Beitragsleistung eintretende casuelle Unmöglichkeit vereitelt würde, doch wenigstens in Ansehung der in dem Societätsvertrage liegenden Tauschberedung die Leistung als erfolgt zu betrachten wäre. Der **socius**, dem die Leistung seines Beitrages casuell unmöglich geworden wäre, würde dann berechtigt sein, von den übrigen Theilnehmern an der Societät diejenigen Theile ihrer Beiträge zu verlangen, auf welche er durch die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einen Anspruch erhalten hätte. [3])

Meines Erachtens läßt es sich jedoch nicht rechtfertigen, in einer solchen Weise das Geschäft zu zerlegen, da dasselbe nach der Absicht

3) Der Umstand, daß der Tausch nach römischem Recht kein Consensualcontract war, kommt für das heutige Recht nicht in Betracht; aber auch für das römische Recht würde er der obigen Auffassung nicht entgegenstehen, da der Tausch hier als Theil des Societätsvertrages vorkommt, welcher seinem ganzen Umfange nach durch Consens perfect wird.

der Contrahenten im Zweifel als Ein Ganzes zu betrachten ist. Der eigenthümliche Charakter der Societät hat aber einen erheblichen Einfluß auf die Beurtheilung des Verhältnisses, in welchem die Leistungen der einzelnen socii zu einander stehen. Beim Kauf bedingt sich der Verkäufer den Kaufpreis als ein Aequivalent für die Sache, umgekehrt der Käufer die Sache als ein Aequivalent für die von ihm zu leistende Geldsumme aus. Ebenso ist bei der Miethe das Miethgeld dem Vermiether ein Aequivalent für die von ihm zu prästirende Benutzung der vermietheten Sache. Dies ist eben das Charakteristische für das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung. Anders ist das Verhältniß zwischen den Beiträgen der einzelnen socii. Man kann nicht sagen, daß der Beitrag des Einen ein Aequivalent für den Beitrag des Anderen sei; das Aequivalent, welches der socius für seinen Beitrag erwartet, besteht, selbst wenn die Sachen zum Miteigenthum hingegeben werden, in etwas Zukünftigem, in der Quote dessen, was durch die Societät erreicht wird. Darin nämlich besteht der Charakter der eigentlichen Societät, daß sie auf Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke gerichtet ist, wozu die Beiträge als Mittel dienen sollen. [4]) Eben deshalb ist selbst in dem Fall, wenn die Beiträge in Sachleistungen bestehen, und dieselben ein gemeinschaftliches Vermögen bilden sollen, die Verpflichtung nicht sowohl auf eine augenblickliche Leistung, als auf die dauernde Gewährung des Objects zur Erreichung des Societätszwecks gerichtet, und diesem Momente werden wir nach Maßgabe der im §. 29 entwickelten allgemeinen Grundsätze seinen Einfluß auf die Entscheidung nicht absprechen können.

Aus demjenigen, was über die Natur der Leistung bemerkt ist,

4) Der Begriff der Societät wird freilich in den Quellen weiter gefaßt, indem dort jede auf eine Gemeinschaft einzelner Vermögensstücke gerichtete Vereinbarung eine Societät genannt wird. Es ist jedoch nothwendig, diese wesentlich verschiedenen Geschäfte strenge von einander zu sondern. — Wenn z. B. zwei Personen, von welchen jede einen Schrank hat, mit einander abmachen, daß die beiden Schränke künftig gemeinschaftlich sein sollen, so kann dies nach den Quellen allerdings eine Societät genannt werden, vergl. L. 31. D. pro socio (17. 2); in der That ist aber ein solcher Vertrag, sofern nicht zugleich andere Zwecke verfolgt werden, seinem Wesen nach nur ein Tausch der intellectuellen Hälfte des einen Schranks gegen die intellectuelle Hälfte des anderen Schranks, und in Ansehung der casuellen Unmöglichkeit wie ein Tausch zu behandeln. Der Grund, weshalb es für die Römer Bedeutung hatte, diesen Vertrag als Societät zu betrachten, ist jetzt weggefallen, da gegenwärtig auch der Tausch durch Consens perfect wird.

folgt, daß die für den perfecten Kauf geltenden Bestimmungen bei der Societät nicht zur Anwendung gebracht werden können; vielmehr wird als Regel gelten müssen, daß der **socius**, welchem die Leistung seines Beitrags casuell unmöglich geworden ist, keinen Anspruch auf einen Theil der Beiträge der anderen **socii** erheben kann. Aus den angeführten Gründen geht zugleich hervor, daß die Gültigkeit der aufgestellten Regel sich nicht bloß auf den Fall beschränkt, wenn die Erreichung des Societätszwecks durch den Wegfall der casuell unmöglich gewordenen Beitragsleistung völlig vereitelt ist; sie gilt eben so wohl für den Fall, wenn ungeachtet des Wegfalls der Beitragsleistung eine theilweise Erreichung des Societätszwecks noch möglich ist.[5])

Im Bisherigen haben wir nur den Fall vor Augen gehabt, wenn die Leistung der Beiträge ohne Verschulden der Beitragspflichtigen verhindert ist. Die Verpflichtung der **socii** geht jedoch, wie oben bemerkt worden ist, nicht bloß darauf, daß sie die Beiträge conferiren, sondern daß sie dieselben auch fort und fort gewähren, damit sie als Mittel zur Erreichung des Societätszweckes dienen können.

Werden nun durch einen Casus die Beiträge des einen Socius betroffen, so ist es klar, daß derselbe dadurch sein Recht auf die nach dem Societätsvertrage ihm zukommende Quote an dem bisherigen Gewinne der Societät nicht verliert. Was dagegen den zukünftigen Gewinn betrifft, so wird er, wenn sein Beitrag in Folge des Casus gänzlich wegfällt, keine Quote in Anspruch nehmen können; in der That wird durch das Wegfallen eines Beitrags die Societät, zu deren Wesen es gehört, daß der gemeinschaftliche Zweck durch gemeinschaftliche Mittel erreicht werde, aufgehoben, und es hängt von den Contrahenten ab, inwiefern unter den veränderten Verhältnissen die Societät — etwa nur unter denjenigen **socii**, deren Leistungen nicht unmöglich geworden sind, oder auch mit dem **socius**, dessen Beitrag vom Casus betroffen ist — fortdauern soll.[6])

---

5) A. M. Wächter im Archiv f. civ. Pr. XV. S. 206 ff., der Alles davon abhängen läßt, ob durch den Wegfall der Beitragsleistung die Erreichung des Societätszwecks gänzlich vereitelt ist.

6) Modificationen treten ein, wenn die Benutzung des Beitrags für den Societätszweck ungeachtet des Casus noch theilweise gewährt werden kann. Als Regel wird allerdings gelten müssen, daß in Ansehung des zukünftigen Gewinns eine Minderung der Quote eintritt. Doch kann hier eben so wenig wie bei der Sachenmiethe, wegen jeder ganz unerheblichen Beschränkung in

Das Eintreten der angegebenen Folgen setzt jedoch voraus, daß der von dem Casus betroffene Beitrag noch zur Zeit des Eintretens der Unmöglichkeit der Beitrag eines bestimmten **socius** war. Ist ausgemacht, daß die geleisteten Beiträge ein gemeinschaftliches Vermögen sämmtlicher **socii** bilden sollen, so kann nach der Collation nicht mehr von gesonderten Beiträgen der einzelnen **socii** die Rede sein. In diesem Fall trifft der Nachtheil alle **socii** gemeinschaftlich nach dem Verhältniß der ihnen zustehenden Quoten. In Folge des Vertrages, demgemäß die Beiträge durch die Collation ein gemeinschaftliches Vermögen geworden sind, kann nämlich die Verpflichtung zur ferneren Gewährung der Beiträge sich nicht auf das von den einzelnen **socii** ursprünglich Geleistete beziehen, welches den Verpflichteten gar nicht mehr ausschließlich gehört, sondern nur auf die einem Jeden an dem Societätsvermögen zustehenden intellectuellen Theile. Der Casus muß also, welchen der zum Societätsvermögen gehörigen Gegenstände er auch treffen möge, in diesem Fall immer die Beiträge Aller nach Maßgabe der Societätsquoten treffen. [7])

Eine Modification der im Obigen ausgeführten Bestimmungen kann in Folge des Grundsatzes eintreten, daß die **socii** verpflichtet sind, den casuellen Schaden, welchen einer von ihnen durch die Societät oder bei Ausführung von Societätsgeschäften erlitten hat, gemeinschaftlich zu tragen. [8]) Die Wirkungen dieses Grundsatzes erstrecken sich aber weit über die Fälle einer casuellen Unmöglichkeit

---

der Benutzung des Beitrags, sofern dieselbe auf die Erreichung des Societätszwecks keinen Einfluß hat, sogleich ein Abzug gemacht werden. Auch kann hier eine ähnliche Erwägung Platz greifen, wie wir sie oben für den Fall, daß operae den Gegenstand einer Beitragsleistung ausmachen, anstellten. Der Casus, in Folge dessen die Benutzung eines der Beiträge zur Erreichung des Societätszwecks theilweise oder zeitweilig nicht gewährt werden kann, kann ein solcher sein, daß man annehmen muß, die Contrahenten würden, wenn sie demselben überhaupt einen Einfluß hätten einräumen wollen, eine ausdrückliche Bestimmung darüber in den Vertrag aufgenommen haben. Es gilt hier, wie überall in unserer Lehre, daß der Wille der Contrahenten, und zwar nicht nur der ausdrücklich erklärte, sondern auch der auf andere Weise erkennbare, das zunächst maßgebende Moment für die Entscheidung der Frage über das Tragen der Gefahr bildet.

7) Daraus ergiebt sich die Wichtigkeit des Satzes, daß bei der **societas omnium bonorum** sogleich mit Abschließung des Vertrages sämmtliche Güter gemeinschaftlich werden, L. 1 §. 1. L. 2. D. pro socio (17. 2).

8) L. 52 §. 4. L. 60 §. 1. L. 61. D. pro socio (17. 2).

der Beitragsleistungen hinaus, sowie umgekehrt eine casuelle Unmöglichkeit dieser Leistungen häufig eintreten wird, ohne daß der Grund derselben in dem Societätsverhältnisse liegt.

Die von uns aufgestellte Ansicht beruht hauptsächlich auf inneren Gründen. Auf diese sind wir auch vorzugsweise angewiesen, da wir in den Quellen nur sehr wenige Entscheidungen finden, welche sich auf das Tragen der Gefahr bei der Societät beziehen. Diese Entscheidungen, zu welchen wir uns jetzt wenden, stehen aber mit unserer Ansicht völlig in Einklang, und bestätigen dieselbe, wenn auch nicht in ihrem ganzen Umfange, so doch in wesentlichen Punkten.

In einer dieser Stellen, der **L. 52 §. 3. D. pro socio (17. 2)**, welche freilich zunächst von dem Einfluß der **aestimatio** auf das Tragen der Gefahr handelt (S. 282 ff.), wird der Fall erörtert, wenn Jemand ein Stück Vieh **societatis contrahendae causa** zum Weiden hingegeben hat, welches später ohne Verschulden des Empfängers umgekommen oder geraubt ist. Der Casus trifft hier — einerlei, ob ausgemacht ist, daß das Thier sogleich mit der Hingabe gemeinschaftlich werden, oder daß der Empfänger für die Weidekosten einen intellectuellen Theil des demnächst zu lösenden Kaufpreises erhalten soll — alle bereits geleisteten Beiträge, sowohl den Beitrag dessen, dem das Thier gehörte, als auch den des Empfängers, welcher in den jetzt nutzlos aufgewendeten Weidekosten besteht. Demgemäß ist der Schaden hier immer ein gemeinschaftlicher, wie in der **L. 52 cit.** auch ausgesprochen ist. Daß der Schaden materiell in gleicher Weise die **socii** trifft, ist nicht nothwendig; es können die Weidekosten viel geringer gewesen sein, als der Werth des Thieres zur Zeit der Hingabe war. Eine Ausgleichung des Schadens, welche nur durch die **actio pro socio** herbeigeführt werden könnte, tritt aber nicht ein; nur für den Fall, daß dem Empfänger ein Verschulden zur Last fiel, wird die **actio pro socio** als begründet anerkannt. Die Entscheidung stimmt also mit den von uns aufgestellten Grundsätzen vollkommen überein.

Wichtiger noch ist die zweite Stelle, welche wir in den Quellen finden:

L. 58 pr. §. 1. D. *pro socio* (17. 2) *Ulp.* l. 31 ad Edict. „Si id, quod quis in societatem contulit, exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum. . . : cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coïmus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: *non enim habendae quadrigae, sed vendendae coïtam societatem:* ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. — §. 1. Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et *mea* pecunia perisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, *quod non fieret, nisi societas coïta esset,* utrique perire: utputa si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit."

Der im princ. unserer Stelle behandelte Fall ist folgender: A, welcher ein Pferd hat, hat mit dem B, welcher Eigenthümer dreier Pferde ist, einen Societätsvertrag abgeschlossen, des Inhalts, daß B nach Empfang des dem A gehörigen Pferdes alle vier Pferde als ein Viergespann verkaufen, und den vierten Theil des erhaltenen Kaufpreises dem A geben soll. Nachdem A sein Pferd conferirt hat, stirbt dasselbe. Ging hier die Absicht der Contrahenten nur auf einen gemeinschaftlichen Verkauf, so kann A nicht den vierten Theil der Summe, welche aus dem Verkauf der drei dem B gehörigen Pferde gelöst werden kann, in Anspruch nehmen; er muß den Schaden einseitig tragen. War dagegen ausgemacht, daß die vier Pferde gemeinschaftliches Eigenthum werden sollten, so ist auch der Schaden ein gemeinschaftlicher; obgleich der Societätszweck vereitelt ist, steht dem A fortwährend ein Miteigenthum an den drei von B conferirten Pferden zu. Es werden hier also diejenigen Grundsätze angewendet, welche wir oben für den Fall eines nach erfolgter Leistung der Beiträge eintretenden Casus aufstellten.

Die L. 58 pr. cit. handelt allerdings, eben so wie die oben er-

klärte **L. 52 §. 3. D. pro socio**, von einem Fall, in welchem die Erreichung des Societätszwecks durch den Casus völlig vereitelt wird. Sie läßt sich daher auch mit der Ansicht vereinigen, daß derjenige **socius**, dessen Beitrag von dem Casus betroffen werde, nur dann den Schaden allein zu tragen habe, wenn zugleich die Erreichung des Societätszwecks durch den Casus völlig unmöglich geworden sei. Doch wird in der **L. 58 pr.** nicht auf diesen Umstand Gewicht gelegt, sondern allein darauf, daß die Beiträge durch die Collation nicht gemeinschaftlich geworden seien, daß nämlich nicht eine **societas habendae**, sondern **vendendae quadrigae** eingegangen sei.

In dem **§. 1** der **L. 58 cit.** wird ein Fall behandelt, in welchem die Beiträge der **socii** in Geld bestehen. — Es wird unterschieden, ob der Schaden vor oder nach der Collation eingetreten ist. Im letztern Fall soll der Schaden gemeinschaftlich sein, im ersteren nicht.

Die Entscheidung im letzten Theil der Stelle, welche sich auf den Untergang des Geldes vor der Collation bezieht, läßt sich einfach daraus erklären, daß hier eine wahre Unmöglichkeit der Leistung des Beitrages nicht vorliegt. Aus dieser Entscheidung können daher für unsere Frage keine sicheren Folgerungen abgeleitet werden.

Von größerer Bedeutung ist die Entscheidung, welche im ersten Theil der Stelle enthalten ist. Es fragt sich hier jedoch namentlich, was unter dem Ausdruck *„mea* **pecunia**" zu verstehen ist. Man kann hierunter das von mir conferirte Geld verstehn, oder annehmen, daß das Geld, von welchem die Rede ist, sonstiges Geld des betreffenden **socius** gewesen sei. Nach dem Zusammenhange liegt es entschieden am nächsten, das Erste anzunehmen; namentlich spricht dafür, daß der **»mea pecunia«** dasjenige Geld entgegengestellt wird, welches zur Collation bestimmt war, aber vorher untergegangen ist (**posteaquam eam destinasses**). Schwierigkeit macht nur, daß ungeachtet der erfolgten Collation noch von **»mea pecunia«** die Rede ist, da das zu Societätszwecken conferirte Geld in den meisten Fällen durch die Collation gemeinschaftlich werden wird. Doch ist dies keineswegs immer der Fall, und es dürfte daher keinem gegründeten Bedenken unterliegen, hier den Worten der Stelle gemäß einen Fall zu supponiren, in welchem trotz der Collation eine Gemeinschaft des Geldes nicht eingetreten ist.[9]) Gehen wir aber davon aus, so ist es

9) Dasselbe nimmt Wächter a. a. O. S. 208 an. A. M. Guyet, Abhand-

allerdings von Bedeutung, daß die Gemeinschaftlichkeit des durch Untergang des Beitrags entstandenen Schadens nicht dadurch motivirt wird, daß es eben der Beitrag ist, welcher untergegangen, sondern dadurch, daß die Eingehung der Societät der Grund des Schadens gewesen ist („quod non fieret, nisi societas coïta esset“). Es unterstützt dies die oben aufgestellte Behauptung, daß selbst die Collation als solche die socii nicht verpflichtet, den auf die Beiträge der Einzelnen sich beziehenden Schaden gemeinschaftlich zu tragen.

Sonstige Stellen, welche sich auf unsere Frage beziehen, finden sich meines Wissens in den Quellen nicht; nach den so eben erklärten Entscheidungen wird es aber, wie ich glaube, gerechtfertigt sein, wenn wir an der Ansicht festhalten, welche wir oben aus dem Wesen der Societät entwickelt haben.

Blicken wir jetzt zurück auf den Einfluß, welchen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung bei den einzelnen gegenseitigen Obligationen auf die Verpflichtung zur Gegenleistung äußert, so finden wir dasjenige bestätigt, was oben (§. 29) bereits bemerkt wurde.

Aus den Ausführungen der vorhergehenden §§. ergiebt es sich, daß die beiden Grundsätze, nach welchen sich die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit nach der angegebenen Richtung hin, bestimmen, nicht in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme zu einander stehen, sondern daß jeder dieser Grundsätze in gleicher Weise einen Anspruch darauf hat, als Regel betrachtet zu werden, jedoch für ein verschiedenes Gebiet.

Der Grundsatz, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung als Erfüllung gilt, kommt überall zur Anwendung, wo der Aufschub, welcher es veranlaßt hat, daß das casuelle Ereigniß den Gegenstand der Obligation bei dem Schuldner und

---

lungen S. 242 ff. Hätte der Jurist durch den Ausdruck mea pecunia nur das von mir herrührende, aber gemeinschaftlich gewordene Geld bezeichnen wollen, wie Guyet meint, so hätte er ohne Zweifel nach Maßgabe der im princ. der L. 58 aufgestellten Regel auf die eingetretene Gemeinschaft das entscheidende Gewicht gelegt, und nicht auf den keineswegs immer zutreffenden Umstand, daß die Societät der Grund des eingetretenen Schadens war. Gegen die Ansicht von Guyet spricht auch der Ausdruck: mea pecunia.

nicht bei dem Gläubiger betroffen hat, weder in der mangelnden Perfection des Geschäfts, noch in der Natur der Leistung seinen Grund hatte. Dagegen kommt der andere Grundsatz, daß mit der Verpflichtung zu der casuell unmöglich gewordenen Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung hinwegfällt, dann zur Anwendung, wenn das Geschäft noch nicht perfect ist, oder der Grund des Aufschubes in der Natur der Leistung liegt. Ob in dem letzten Fall der Schuldner, wenn er mit der Erfüllung der Obligation den Anfang gemacht hatte, die Gegenleistung theilweise, nach Maßgabe dessen, was von seiner Seite geschehen ist, in Anspruch nehmen kann, hängt davon ab, ob die von ihm vorgenommenen Handlungen als theilweise Erfüllung der Obligation betrachtet werden können; ein solcher Anspruch ist also nicht begründet, wenn durch die Natur der Leistung, nämlich die Untheilbarkeit derselben jede theilweise Erfüllung ausgeschlossen ist.

In welcher Weise die Gebiete für die Anwendung der erwähnten beiden Regeln gegen einander abgegränzt sind, geht aus dem Obigen hervor. Bei einigen obligatorischen Verhältnissen kommt ausschließlich die eine derselben zur Anwendung. So kann bei der Sachenmiethe und der locatio operarum die Gegenleistung (als solche) immer nur insoweit gefordert werden, als die Leistung wirklich beschafft ist, nicht aber für diejenigen Theile der Leistung, in Ansehung deren eine casuelle Unmöglichkeit eingetreten ist. Umgekehrt wird bei dem perfecten Kaufcontract mit wenigen Ausnahmen der Grundsatz, daß die casuelle Unmöglichkeit als Erfüllung gilt, zur Anwendung gebracht, weil die Natur der Leistung hier immer eine momentane Erfüllung zuläßt, und dann, wenn die sofortige Erfüllung dadurch ausgeschlossen ist, daß der verkaufte Gegenstand noch nicht existirt, auch ein perfecter Kauf nicht angenommen wird. — Bei anderen obligatorischen Verhältnissen kommt je nach dem verschiedenen Zeitpunkt, in welchem die casuelle Unmöglichkeit eintritt, der eine oder der andere Grundsatz zur Anwendung. So tritt bei dem imperfecten Kauf, sowie der Mangel der Perfection gehoben ist, sofort die für den perfecten Kaufcontract geltende Regel in Wirksamkeit; ebenso bei der operis locatio, sowie das opus contractmäßig beendigt, und auf diese Weise das Hinderniß einer sofortigen momentanen Erfüllung beseitigt ist. — Um zu bestimmen, ob in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit ein Anspruch auf die Gegenleistung begründet ist, ist es daher nicht genügend, allein die Natur der Leistung und des Geschäfts im Allgemeinen ins Auge zu

fassen, sondern es muß namentlich auch untersucht werden, wie das Sachverhältniß in dem bestimmten Augenblick des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit war. — Außerdem ist immer zu beachten, daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit nur eine vermittelnde Natur haben. Das zunächst Maßgebende ist also der Wille der Contrahenten; einerlei, auf welche Weise derselbe erklärt ist, ob ausdrücklich oder stillschweigend. Auch in dieser Beziehung ist es daher nöthig, bei der Entscheidung des einzelnen Falls immer die besonderen Umstände desselben genau ins Auge zu fassen.

Schließlich bemerken wir noch, daß der Unterschied in der praktischen Behandlung der casuellen Unmöglichkeit, von welchem in den letzten §§. die Rede gewesen ist, sich lediglich auf die Verpflichtung zur Gegenleistung bezieht. Die allgemeine Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung, soweit sie sich erstreckt, den Schuldner von seiner auf die Leistung gerichteten Verpflichtung befreit, daß also der Schuldner wegen der durch Casus verhinderten Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung keine Entschädigung zu leisten hat (**casus a nullo praestantur**), wird durch den erwähnten Unterschied nicht berührt; sie kommt in gleicher Weise zur Anwendung in den Fällen, in welchen die casuelle Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der Erfüllung gleichsteht, und in denjenigen Fällen, in welchen mit der Verpflichtung zu der casuell unmöglich gewordenen Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung hinwegfällt.

Druck von M. Bruhn in Braunschweig.

Berichtigungen und Zusätze.

Zu S. 17 Zeile 3 v. o. ff.

Der Ausdruck ist hier unrichtig; es muß heißen:

Die auf Leistung einer fremden Sache gerichtete Obligation wird als gültig anerkannt, ohne Rücksicht darauf u. s. w.

Zu S. 41 Zeile 8 v. u.

Hier ist zu lesen: auf den Betrag.

Zu S. 62 a. E. ff.

Was daselbst mit Beziehung auf die Ausführung eines opus, zu welchem der Arbeiter das Material zu liefern hat, bemerkt worden, ist zu ergänzen durch die Ausführungen auf S. 366 ff., welche sich auf den Kaufcontract über eine noch anzufertigende Sache beziehen.

Zu S. 93 ff.

Hier hätte auch die Obligation auf Bestellung einer Personalservitut als Beispiel angeführt werden können.

Zu S. 108.

Nach dem Vorgange v. Savigny's und Anderer ist hier der Irrthum in einen entschuldbaren und nicht entschuldbaren eingetheilt, und als Kriterium des nicht entschuldbaren Irrthums angeführt, daß derselbe auf einer groben Nachlässigkeit beruht. — Man könnte hiergegen einwenden, daß auch dem auf einer levis culpa beruhenden Irrthum unter Umständen die Entschuldbarkeit abgeht, nämlich in denjenigen Fällen, in welchen levis culpa zu prästiren ist, und die Berufung auf den Irrthum dazu dienen soll, den Vorwurf einer solchen culpa von dem Schuldner abzuwenden. Demgemäß könnte es sich fragen, ob es nicht richtiger sei, den entschuldbaren Irrthum als einen solchen zu definiren, welchem keine in dem einzelnen concreten Fall von dem Irrenden zu prästirende culpa zu Grunde liegt.

Eine auf diese Erwägungen gegründete Eintheilung des Irrthums kann nicht als schlechthin ungerechtfertigt zurückgewiesen werden. Durch dieselbe wird aber

die von uns angenommene Eintheilung durchaus nicht überflüssig gemacht. Vielmehr liegen diesen beiden Eintheilungen ganz verschiedene Gesichtspunkte zu Grunde.

Die erste Eintheilung bezieht sich nur auf eine einzelne mögliche Folge des Irrthums, welche noch dazu aus dem Begriff und Wesen desselben sich nicht von selbst ergiebt. Aus dem Begriff des Irrthums folgt nämlich nicht, daß derselbe die culpa ausschließt; dies ist so wenig der Fall, daß im Gegentheil die culpa sehr häufig einen Irrthum voraussetzt, weil sonst ein dolus anzunehmen wäre. Der Irrthum als solcher genügt also nicht, um die nachtheiligen Folgen der culpa auszuschließen; vielmehr müssen andere Umstände in dem einzelnen Fall hinzutreten, damit der Irrthum in der Weise als gerechtfertigt erscheint, daß die in diesem Fall zu prästirende culpa ausgeschlossen sei. — Ueberdies bezieht sich die gedachte Eintheilung gar nicht auf diejenigen Wirkungen des Irrthums, welche in keinem Zusammenhang mit einer Verschuldung stehen.

Die Eintheilung, welche wir unseren Erörterungen im §. 11 u. an anderen Orten zu Grunde gelegt haben, bezieht sich dagegen eben auf diejenige Wirkung des Irrthums, welche unmittelbar aus dem Begriff desselben sich ergiebt, und deshalb gilt sie auf der einen Seite für alle Fälle, in welchen der Irrthum als solcher sich wirksam zeigt, wogegen sie auf der anderen Seite keine directe Beziehung auf die Frage hat, ob und inwiefern der Irrthum zur Abwendung des Vorwurfes einer culpa dienen kann.

Der Irrthum bildet seinem Begriffe nach den Gegensatz gegen das Wissen; die allgemeine Wirkung des Irrthums besteht demgemäß darin, daß er die Folgen, welche das Wissen nach sich gezogen haben würde, ausschließt.*) Je nach der verschiedenen Beschaffenheit der Folgen des Wissens gestaltet sich also auch die Wirksamkeit des Irrthums in verschiedener Weise. Vorzugsweise zeigt sie sich darin, daß der Irrthum die Folgen des dolus, und daß er ferner die Zulässigkeit der Schlußfolgerung aus einer Handlung (Unterlassung) auf eine, nur unter der Voraussetzung des Wissens in derselben liegende stillschweigende Willenserklärung ausschließt.

Diese Wirkungen werden jedoch nicht einem jeden Irrthum beigelegt. Vielmehr wird eine Classe von Fällen des Irrthums ausgeschieden, in Ansehung deren das eben Bemerkte nicht gilt. Der Irrthum, welcher auf einer groben Nachlässigkeit beruht, wird nämlich im Allgemeinen dem Wissen gleichgestellt; es wird diesem Irrthum somit die Fähigkeit abgesprochen, die Folgen des Wissens abzuwenden, und zwar dürfte dies, wenigstens nach meinem Dafürhalten, allgemein gelten, nicht allein, insofern es sich um die Abwendung der Folgen des dolus handelt; vergl. §. 17 Note 19 und §. 19 Note 14.

---

*) Es ist hier nur immer darauf zu achten, ob die zur Frage stehende Folge auch wirklich eine Folge des Wissens ist, und ferner, ob dieselbe ein Wissen zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat. Wo es überall nicht darauf ankommt, ob die betreffende Person weiß oder nicht weiß, kann selbstverständlich von Wirkungen des Irrthums nicht die Rede sein. Wenn ferner das Eintreten einer gewissen Folge nicht nothwendig ein Wissen voraussetzt, wie z. B. die Verpflichtung zur Entschädigung in bereits begründeten obligatorischen Verhältnissen, in welchen auch culpa zu prästiren ist, kann der Irrthum allein nicht genügen, die Wirkungen, welche dem Wissen (dolus) beigelegt sind, auszuschließen.

Darauf nun beruht die von uns (S. 108) angenommene Eintheilung des Irrthums, indem wir, wie aus dem Vorhergehenden sich ergiebt, unter dem nicht entschuldbaren Irrthum denjenigen verstehen, welcher rechtlich dem Wissen gleichgestellt wird. Dieser Eintheilung liegt also ein ganz anderer Gesichtspunkt zu Grunde, als der vorher erwähnten. Sie ist unentbehrlich, namentlich wegen der weitgreifenden Bedeutung, welche das Bewußtsein des Handelnden oder Unterlassenden auf die Folgen der Handlung oder Unterlassung und auf die daraus zu entnehmenden Schlußfolgerungen hat. Aber auch abgesehen davon läßt sie sich schon deshalb nicht entbehren, weil die Lehre von dem Rechtsirrthum an diese Eintheilung sich anschließt; vergl. besonders v. Savigny, System III. S. 333 ff. Dagegen kann es sich allerdings fragen, ob die Ausdrücke: entschuldbar und nicht entschuldbar, vollkommen zutreffend sind. Diese Ausdrücke können leicht dahin führen, die Eintheilung mit der Lehre von den Folgen der Verschuldung in einen Zusammenhang zu bringen, in welchem sie an sich nicht steht.

Zu S. 158 Zeile 2 v. o.

Hier muß es heißen: welche nicht prästirt werden können.

Zu §. 19 Note 1 (S. 212).

Den hauptsächlichsten Fall einer sogleich vorhandenen zeitweiligen Unmöglichkeit, welche in den Verhältnissen des Gläubigers ihren Grund hat, bildet die Leistung einer Sache, welche zur Zeit der Begründung des obligatorischen Verhältnisses im widerruflichen Eigenthum des Gläubigers steht. Wie bei den übrigen Arten der zeitweiligen Unmöglichkeit, sind auch hier die Wirkungen unter Zugrundelegung der im §. 17 über die theilweise Unmöglichkeit im Allgemeinen geltenden Grundsätze zu bestimmen. Demgemäß ist z. B. in dem zur Frage stehenden Fall das Recht des Gläubigers, auf Erfüllung der Obligation zu klagen, selbst dann, wenn er in einem entschuldbaren Irrthum sich befunden hat, dem Schuldner aber ein dolus zur Last fällt, durch die Beseitigung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses bedingt. Von einem Anspruch auf das Interesse, welches der Gläubiger an der sofortigen Erfüllung hat, kann hier nicht die Rede sein, weil es an einem solchen Interesse fehlt. Vergl. S. 177 a. E. ff.

Zu §. 19 Note 26 (S. 225).

Hier ist als Beweisstelle namentlich noch die L. 50 pr. i. f. D. de furtis (47. 2) hinzuzufügen.

Zu §. 20 Note 7 (S. 233).

Das am Ende der Note angeführte Beispiel ist nicht in allen Beziehungen zutreffend. Sofern es sich nur darum handelt, ob ungeachtet des Untergangs oder der Deterioration eines der alternativ geschuldeten Gegenstände die Verpflichtung in Ansehung des anderen Gegenstandes fortbesteht, kommt die Frage wegen der Verschuldung nicht in Betracht; dagegen kann sie in dem erwähnten Fall nach anderen Seiten hin von praktischer Bedeutung sein. Vergl. S. 310 ff. u. S. 314.

Zu §. 29 Note 16. (S 348).

In der allerneuesten Zeit hat C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem röm. u. germanischen Rechte S. 262, die Ansicht wieder aufgestellt, daß Kauf und Miethe nach römischem Recht nicht als wahrhaft gegenseitige Obligationen zu betrachten, und daß daraus die Wirkungen der casuellen Unmöglichkeit bei dem perfecten Kaufcontract zu erklären seien. Er beruft sich theils auf den Standpunkt des römischen Rechts im Allgemeinen, welcher, da die Obligation als durch den Willen des Creditor dem Debitor aufgelegt betrachtet werde, nur einseitige Obligationen zulasse, theils auf die verschiedene Benennung der den Contrahenten zustehenden Klagen (actio empti und venditi, locati und conducti), theils endlich darauf, daß dem Beklagten, wenn der Kläger seinerseits nicht erfüllen wolle, nur eine exceptio gegen die Klage eingeräumt werde. — Der erste Grund beweist schon deshalb nichts, weil die Römer, wie Schmidt a. a. O. S. 260, selbst zugeben muß, den von ihm hervorgehobenen Standpunkt bei dem Kauf und der Miethe schon dadurch verlassen haben, daß sie dieselben als Consensualcontracte anerkennen. Daß ferner bei den erwähnten Contracten, anders als bei der Societät, die Klagen, welche den einander gegenüberstehenden Contrahenten eingeräumt sind, verschiedene Namen führen, erklärt sich sehr einfach aus der Verschiedenartigkeit der Leistungen, zu welchen die Contrahenten sich verpflichten; — eine Verschiedenartigkeit, welche auch, bei uns wie bei den Römern, zu einer verschiedenen Benennung der Contrahenten selbst geführt hat. Es bleibt also nur der letzte Grund übrig. Dieser könnte allerdings die von Schmidt aufgestellte Ansicht rechtfertigen, wenn die s. g. exceptio non adimpleti contractus wirklich eine Einrede der nicht geschehenen Erfüllung wäre, so daß also der Beklagte eventuell den Beweis führen müßte, daß der Kläger den Contract nicht erfüllt habe. In der That enthält aber die gedachte Einrede nur eine Berufung auf die Gegenseitigkeit des obligatorischen Verhältnisses. Dem Beklagten liegt daher, insofern der Kläger die Gegenseitigkeit der Obligation in seiner Klage schon eingeräumt hat, kein Beweis mehr ob, während der Kläger auch nach römischem Recht immer die von seiner Seite geschehene Erfüllung zu beweisen hat, falls diese von dem Beklagten geläugnet wird. Aus dieser Auffassung ergiebt es sich, daß die Anerkennung der s. g. exceptio non adimpleti contractus, weit entfernt, die von Schmidt aufgestellte Ansicht zu rechtfertigen, vielmehr ein entschiedenes Zeugniß für die Gegenseitigkeit der Obligation enthält; — wie sie denn auch in der letzteren Weise von uns benutzt worden ist.

Rob. K
Buchbinde

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mommsen, Friedrich,

Beiträge zum Obligationenrecht

Bd.: 1

Braunschweig 1853

J.rom.m. 346 n-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566948-0